تأليف

الدكتور سـيد أمـين

استاذ الشريعة بكلية القانون جامعة الخرطوم



النيابة عن الغير فى عقد الزواج

«بحث مقارن»

النيابه عن الغير في عقـد الزواج

بحث مقارن

الطابعون
مطبعة جامعة الخرطوم

جمهورية السودان ـ الخرطوم ص.ب : ٣٢١

الاهـــداء

الي صاحب الفضيلة مولانا قاضى القضاة الأسـبق الشيخ محجوب عثمان اسحق، والي أصحاب الفضيلة قضاة المحاكم الشرعية السابقين، والقائمين ، واللاحقين،

أهـدى هـذا البحث الذى هـو باكـورة انتاجى العـلمى ؛
والله أسـأل أن يـكون باكورة مفيدة ،

وثمرة يانعـة جيدة ،

وتجربة عملية طيبة مباركة .

المؤلف

« الكتاب الكريم »

« وانكحوا الايامى منكم ... »

« الحديث الشريف »

« لانكاح الابولي وشاهدى عدل » .

« أيما امرأة نكحت نفسها بغير أذن وليها ،

فنكاحها باطل ! باطل ! باطل ! »

« القاعدة الفقهية »

« الضرر يزال »

بســـم الله الرحمن الرحيم

تصديـر من

صاحب الفضيلة قاضى قضاة السودان

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله صلى الله عليه وسلم .

وبعـــد

فلقد اطلعت على كتاب (النيابة عـــن الغير في عقـــد الزواج لمؤلفه الدكتور سيد أمين.)

ولقد أعجبت بالكتاب ايما اعجاب،ذلك لأن مؤلفه الباحث المدقق قد جال فيه محلقا في فقه المذاهب الإسلامية المختلفـــة والتشريعات الوضعيـــة والمسيحية. فكان مادة دسمة ، ومشعلاً من مشاعل النورلمن أراد الإستزادة من المعرفة أو الإستفادة من ثمرات البحث.

وأشهد بأن المؤلف قد بذل جهداً لا يسعنا إلا أن نشكره عليه ، ونقدر سعة اطلاعه ، ثم قدرته على تفهم هذا الموضوع الشائك المتعدد النواحى، الذىاستطاع أن يهيىء لنا من بحثه ودراسته المتعمقة الواسعة الفرصة للوصول إلى نتائج علمية وعملية قلّ ان تنشر فى كتاب واحد ، وفى موضوع ضيق محدود.

كما استطعنا أيضا أن نلم بجانب جديد من شخصيته العلميه التى كانت ولا تزال محل اعجابنا.

اننا نقدر للمؤلف جهده العلمى ، وجهده العملى ، ونشيد باهتمامه وعنايته بتلمس المنشورات والقوانين السودانية ودراستها دراسة مقارنة وعلى نقد بان.

واننا نفخر إذ نقدم هذا الكتاب كأنتاج ممتاز من رجل إرتبط تاريخه بالمحاكم الشرعية ولايزال يعمل من أجلها والله الموفق .

عبدالماجد على او قصيصة

قاضى قضاة جمهورية السودان

بســـم الله الرحمن الرحيم

أيها القارىء الكريم:

لقد سبقتك إلى قراءة هذا السفر الجليل « النيابة عن الغير في عقد الزواج فى الفقه الإسلامى المقارن » لأني قد اطلعت عليه قبيل طبعه.

وما أدرى أسبقتك إلى معرفة مؤلِّفه أم سبقتنى أنت إلى معرفته ؟ ومهما يكن من شيىء فقد عرفت الأستاذ الدكتور « سيد أمين » عن قرب فعرفت فيه صفات العالم الفذّ الذى يتحلى بصفات العلماء الأفاضل : من تواضـــع جم ، ومعرفة بالله تجعله شديد الخشية منه ، ورغبة شديدة في العلم ، وحب له ، يجعلانه يقف منه كل يوم على جديد.

وأشهد لقد عرفت فيه الرجل المهذب، دمث الأخلاق ، عذب الحديث فأحببته وأحببت السودان الذى أنجبه.

وإذا كان التأليف صورة مـــن نفس المؤلِّف ، ونفســـه هى جماع صفاته الخلقية والعقلية ؛ فنحن إذن أمام مؤلَّف استجمـــع كل خصائص مؤلِّفه . .

وإذا كنتُ قد سبقتُ إلى قراءته ، فلا أحب أن أزاحمك – أيهـــا القارىء العزيز – حين يجيىء دورك في الإطلاع عليه ، فأقتطف لك بعض ثماره اليانعة من هنا ومن هناك ، وأحشدها أمامك حشداً ، قائلا لك : خذ هذه ، وانظر إلى تلك ؛ فإني إن فعلت ، فلعلى لا أبقى من الكتاب شيئا إلا نقلته إليك ؛ لأن كل شيىء فيه خير من كل شيىء فيه ؛ فأدعك تقـــرؤه لنفسك ، وبطريقتك الخاصة ؛ لتنتهى أنت إلى ما انتهيت أنا إليه من أنـــه مؤلَّف فذ لمؤلِّف فذ. نفع الله به وبأمثاله ، وأجزل له من الأجر والمثوبة قدرما بذل فيه من جهد وصبر وعناء .

د. سليمان دنيا

أستاذ العقيدة والفلسفة

بجامعة الأزهر

ووكيل كلية أصول الدين.

بسم الله الرحمن الرحيم

(افتتاحية)

أحمدك اللهم على ما ذللت من صعاب ، وأصلى وأسلم على نبيك الهادى إلى سبيل الرشاد.

وبعد فانني أعرض فى بحثى هذا أحكام ولاية التزويج ، عرضا أحاول فيه جهد الطاقة أن أعنى العناية الكبيرة بدراسة جزئيات هذا الموضوع بالعمق الكافى الذى تقتضيه الدراسة النظرية ، وقد صرفت جل اهتمامى إلى أن أصل إلى نتائج عملية تعاون محاكمنا الشرعية في جمهورية السودان المعاونة التى هى في أمس الحاجة اليها لتواجه احتياجات مجتمعنا السوداني في تطوره لاسيما أن صاحب الفضيلة قاضى قضاة السودان في سنة ١٩٥٨ كان يحاول أن يعدل أحكام منشور الولاية رقم ٣٥ الصادر في يوم ١٩٣٣،٣،٢٢.

ولهذا رأيت أن ألخص وأرتب الموضوع بطريقة تهدف إلى تهيئة القارىء ليصل معى إلى النتيجة ، التى تعاون على التعديل والأصلاح بعد تفهم الآراء المختلفة عند الفقهاء.

ولعل هذه الدراسة العملية قد اهملت عن عمد بعض النواحي النظرية التى لم أرها ضرورية ، وان كان أساتذتنا الكبار قد يرون أهميتها لمثل هذا البحث.

وان هذا البحث ما هو إلا محاولة متواضعة لصياغة فكرة عامة للولاية في تزويج الصغير في الفقه الأسلامى ، مع ملاحظة للمعمول به في كل من جمهوريتى السودان والعربية المتحدة والمعمول به عند المسيحيين وبعض البلاد الغربية.

هذا ولقد وجدت في تحديدى هدفا لبحثى هذا ، اننى في موقف حرج ، جعلنى أواجه تحمل مسئوليتين ؛ ثقيلتين. احداهما مسئولية الحكم فى مثل هذا الموضوع الذى قد رسمت له هدفا عمليا في ذهنى.

والأخرى مسئولية الدراسة التى تقتضى مراعاة البحث النظرى الذى يستلزم مزيدا من الـــدقة في معالجة الموضوع وتوجيهه وسط خضم من النصوص الفقهية التى لابد منها للوصول إلى أحكام صحيحة مرضيـة.

هـذا ، وبالنسبة لبحثى هذا يجب أن أعترف بأن موضوعه قد أخذ حظه الكافى من الدراسة النظرية من فقهائنا الاعلام وتناولته أقلامهم بكثير مـــن البحث والدرس وكانت كتاباتهم لرسالتى هذه ضوء الطريق .

هذا وأخص بالشكر أستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة الذى كان لى عونا صادقا في أن أواصل البحث حتى أنهى هذه الرسالة التى اعتبرها اللبنة الاولى لبناء حياتى من الناحية العلمية كما أخص بالتقدير أستاذنا الشيخ على الخفيف الذى أخلص في توجيهى وكان كتابـــه النيابة عن الغير في التصرف خير ضمان لى فى دراستى للمسائل الفقهية المختلف فيها ؛ كما اخص استاذنا الدكتور شـــفيق شحاته على ماقام بـــه من توجيه فى المسائل المتعلقه بالجانب المسيحى من هذا البحث .

ولايفوتني ان أتقـــدم بتقديرى وشكرى الخالص لمدير مطبعة جامعـــة الخرطوم الذى كان لاهتمامه واخلاصه أكبر حافز لي على طبع هذا البحث فى زمن قصير وفى شكل انيق ، فله وللموظفين والعمال معه تقديرى واعجابى .

ان هذه الرسالة حصلت بها على درجة الماجستير في القانون من معهد الدراسات العـــربية العالية الذى كـــان لمجهودات استاذنا الدكتـــور احمد عبد الرزاق السنهورى اكـــبر الاثر فى تكميل النقص العلمى فى شخصياتنا ، فله ولاساتذتنا الاعلام كل تقدير واحترام .

مقـــدمه

ان الشريعة الاسلامية ظلت مقننة في مجلة الاحكام العدلية ، ويسير العمل بها في البلاد العربية (حتى انتهاء الحرب العالمية الاولى) إلى أن صدر في لبنان عام ١٩٣٤ تقنين الموجبات والعقود، وفي عام ١٩٤٩ صدر القانون المدني السوري كما صدر القانون العراقي المدني في عام ١٩٥١ والقانون المدنى الليبى فى عام ١٩٥٣.

ولقد كانت مصر أولى البلاد العربية التي استبدلت القوانين المدنية الوضعية باحكام الشريعة الاسلامية، وذلك عندما اصدرت تقنيناتها الاهلية فى عام ١٨٨٣ والتقنينات المختلطة فى عام ١٨٧٥ ثم وحدت مصر قانونها المدنى القديم بالتقنين المدنى الجديد فى عام ١٩٤٩، وان تونس أيضا أصدرت قانونها المدني في عام ١٩٠٦ واحلته محل الشريعة الإسلامية وتبعتها مراكش فى عام ١٩١٣ وان السودان أيضا استبدل القانون الانجليزى بالشريعة الاسلامية اعتبارا من أوائل هذا القرن.

هذا وان مصر والسودان وغيرهما من بعض البلاد العربية قد اقتصرت فى قضايا الأحوال الشخصية على العمل بالراجح، من المذهب الحنفى في احكام الاسرة، من زواج، ونسب، وميراث، ووصاية، وهبات، وأوقاف، اعتبارا من الربع الاخير من القرن التاسع عشر وكانت ولا تزال أحكام الأحوال الشخصية وحدها هى التى تستمد احكامها من الشريعة الأسلامية؛ والمذهب الحنفى بالذات دون المذاهب الاخرى هو الذى كانت تستمد منه الأحكام ، اذا استثنينا بلاد المغرب ، وايران، واليمن ، وطوائف الشيعة المنبثة فى البلاد الاسلامية؛ خصوصا في الهند والعراق والبلاد الحجازية.

ولقد وجدت فى مصر وفى بعض البلاد العربية حركة تتجه إلى الاصلاح وألفت لهذا الاصلاح لجان لتضع قانونا للاحوال الشخصية، يجمع بين المذاهب الاربع، مع محاولة للاصلاح والتعديل ما أمكن.

هذا ، وان مصر قد اتجهت فعلا إلى هذا اللون من الاصلاح في عام ١٩١٥ وفي عام ١٩٢٣.ولقدكانت أيضا هنالك دعوات لأصلاح جرىء لم يكن مقصورا على الدوائر المحدودة في المذاهب الاربعة.

كما الفت في عام ١٩٣٦ لجنة للأحـوال الشخصية كان من ثمرات عملها قانون الميراث رقم ٧٧ لعام ١٩٤٣.وقانون الوقف رقم ٤٨ لعام ١٩٤٦ الذى الغي منه ما خالف القانون رقم ١٨٠ لعام ١٩٥٢.

هذا ولقد كان بين مصر والسودان صلات قوية في الامور الاصلاحية لاحكام الاحوال الشخصية،وكثيرا ماكان مشروع القانون الذى يتردد الناس في قبوله بمصر سرعان ما يقبله الناس في السودان،ويكون قانونا معمولا به.

ان المذهب المالكي في السودان هو المذهب السائد بين أبناء الشعب. ولقد كان لهذا أثره في الأحكام المعمول بها في محاكم السودان الشرعية ، والسبب المباشر في استجابة السودان لدواعي الاصلاح الذى نبتت بذوره في مصر هو مرونة التطبيق في السودان ، لان صاحب الفضيلة قاضي القضاة كان له الحق في أن يصدر من وقت لآخر بعد موافقة الحاكم العام آنذاك تعليمات تتناسب وحاجة البلاد من الاصلاحات العادلـــة.

وان المعمول به في السودان في الاصل هو الراجح من مذهب أبي حنيفة . ما لم تكن هنالك منشورات أصدرها قاضي القضاة . فانه يجب العمل بها وذلك لأنها في قوة القانون.

وقبل أن أختتم هذه المقدمة أود أن أقدم بين يدى القارىء هذا الموجز مما يتبعه كل فريق من المسلمين في البلاد العربية من المذاهب الإسلامية.

١ ــ ان المذهب المالكي يعد في السودان وفي المغرب هو المذهب الذى يتعبد الناس باحكامه وتعاليمه.أما المعمول به عندنا في محاكم السودان الشرعية فهو الراجح من المذهب الحنفي.

٢ — ان فريق المسلمين في الاراضى الحجازية يسيرون فى احكامهم عامـة وفي احكام الاسرة خاصة على مقتضى مذهب الحنابلة واختيارات مـن فقه ابن تيمية .

٣ — والجمهورية العربية المتحدة تسير محاكمها في الاحوال الشخصية عـلى أساس الراجح من المذهب الحنفى،مع اعتبار تعديلات تؤخذ من وقت لآخر من المذاهب الأسلامية المختلفة .

٤ — واليمن تقوم احكام الاسرة فيها على مقتضى مذهب الزيدية والمذهب الشافعي.

٥ — والعراق يسير على مذهب أبي حنيفة مع استثناء طوائف الشيعـة.

٦ — أما سوريا ولبنان فقد وضع في كل منهما قانون موضوعى للأحوال الشخصية استقيت احكامه من الشريعة الاسلامية.

هذا ولما كان غالب المذاهب المعمول بها فى البلاد العربية هو المذهب الحنفى، والمذهب المالكى، والمذهب الحنبلى، والمذهب الشافعى، فقد رأيت أن اعطيها العناية الكافية ما أمكن.

تمهيـــد

الأسرة فى الاسلام

أنشأ الإسلام الأسرة على نظام محكم عادل، تقوم فيه الحقوق بين آحادها على أسس المودة والتعاون، والعدالة والفضيلة، ولابد لمعرفة قيمة هذه المعاني التى دعمها الاسلام فى الأسرة من مراجعة وموازنة، لنتمكن من التعرف على مقدار ما أتى به الإسلام من غير ان يسبقه غيره، أو يلحقه به من جاء بعـــده.

لقد دعم الإسلام الأسرة، وجعلها اللبنة الأولى والمهمة لبناء وحدة المجتمع، وجاء باحكام جديدة اعطت كل ذى حق من الأسرة حقـــه، واقامت الأسرة على دعائم ثابتة قوية. وقدس الحياة الزوجية والعلاقة بين الابناء والآباء، وبين الإخوة بعضهم مع بعض. بل بين ذوى الارحـــام القريبة والبعيدة، ووسع معنى الأسرة.

وإن الدعائم التى اعتبرها ليقوم بنيان الأسرة على أسس قوية وليكون صالحا للبقاء ولاتؤثر فيه زعازع الرياح والاهـــواء أربع دعائم هى المودة، والعدالة، والتعاون، والفضيلة، وان هذه العناصر الاربعـــة إن تحققت على وجهها الاكمل قامت الاسرة على المنهاج الذى يدعو اليه الاسلام.

فالمودة: هى الرابطة المقدسة التى تربط بين الزوجين كما قال تعالى «ومن آياته أن خلق لكم مـــن انفسكم أزواجا لتسكنوا اليها وجعل بينكم مـــودة ورحمة» وكما قال فى شأن العلاقة بين الازواج «هن لباس لكم وانتم لباس لهن» فالمرأة من الرجل بمنزلة الشعار والدثار، قد ربط الله على قلبهما برباط المودة الواصلة التى تجعل كل واحد من الزوجين جزءا من الاخر يتممه ولا ينفصل عنه.

ولم تكن تلك المودة هى الرابطة فقط بين الزوجين. بل انها تربط بين

الاقارب جميعا والاسرة في الاسلام تشمل بعمومها معنى خاصا ،ومعنى عاما. ففى معناها الخاص تتكون من الزوجين وتشمل الاولاد. وفى معناها العام تشمل الزوجين وكل القرابة سواء أكانت قريبة أم كانت بعيدة .والصلـــة فيها واجبة بمقدار ما تتسع له الطاقة. ولذا قال سبحانه « ان الله يأمر بالعدل والاحسان وإيتاء ذى القربي وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغى يعظكم لعلكم تذكرون» ويقول سبحانه « وآت ذا القربي حقه » ويقول النبى صلى الله عليه وسلم « من اراد منكم أن ينسأ له في أثره ويبارك له فى رزقه فليصل رحمه» ويأمر عليه السلام بدوام الصلة بين الاقارب ولو كان من بعضهم جفوة ولهذا يقول عليه السلام « ليس الواصل بالمكافىء انما الواصل من يصل رحمه عند القطيعة».

والعدالة: هى الحصن الذى يحمى الاسرة من التفكك ان كان ما يهدد المودة . وقد جمع الله تعالى العدالة فى عبارة سامية. وهى قوله تعالى فـــى العلاقة بين الزوجين «ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف. وللرجال عليهـــن درجة» فهذه هى العدالة المنطقية وهى التى تتساوى فيها الحقوق والواجبات، فيكون للشخص من الحقوق بمقدار ما عليه من الواجبات وان ذلك هو قانون الاخلاق المستقيم . فالتساوى بين الحقوق والواجبات هو القسطاس المستقيم فما من حق الا وفى مقابله واجب ولقد كانت العادات والنظم التى كانت سائدة قبل الاسلام تفرض على المـــرأة واجبات ولا تفرض لها حقـــوق ، فكانت كالرقيق عليه كل الواجبات بالنسبة لسيده ، وليس له أى حق قبله ، فكانت تلك القضية العادلة « ولهن مثل الذى عليهن » فتحا جديدا بالنسبة للمرأة وهى العدالة الكاملة التى تضع كلا من الزوجين فى موضعه ، وان الدرجة التى أعطاها الله تعالى للرجل هى درجة الاشراف ؛ وهى أيضا حق فى مقابلة واجب فاذا كان له بمقتضى تلك الدرجة حق الطاعة فعليه واجب العدل.

وان ذلك الحق أو تلك الدرجة التى أعطيت الرجل هى لصيانة الاسرة،

وبقائها محفوظة مصونة بعيدة عن التحلل والتفكك ، وليست المساواة المطلقة امرا مرغوبا فيه دائما ولا أمرا سائغا دائما، ولا عدلا دائما، فالمساواة المطلقة قد تفضى إلى فساد وظلم. على أن هذه الدرجة ليست سيطرة وطغيانا ، ولكنها اشراف ورحمة وتوزيع للقوى، وانا نرى الان كتاب الغرب يشكون من تفكك الاسرة في الغرب، ويعزون ذلك التفكك إلى ما شاع بينهم من مساواة المرأة بالرجل مساواة مطلقة. فالاسلام الذى كان أول شريعة أنصفت المرأة ونادى بهذا الانصاف فى وسط ظلمات العادات الجاهلية احتاط ليمنع ذلك التفكك ، فاعطى الرجل هذه الدرجة لتكون الميزان الضابط ، وكلفه العدل فى نظير ما أعطاه ، فإن اشتط وبغى فسوط العقاب ينزل به ان رفع الامر إلى القضاء.

والتعاون: بين الاسرة واجب دعا اليه الاسلام، ونظمه ونسقه فجعل كل واحد من آحاد الاسرة بمعناها العام فى عون أخيه ، وجعل حق الفقير في ألاسرة على الغنى فيها ، فمن عجز عن الانفاق على نفسه كانت نفقته فى مال قريبه الغنى ، وقد قال تعالى فى ذلك « ليس على الاعمى حرج ولا على الاعرج حرج ولا على المريض حرج ولا على أنفسكم أن تأكلوا من بيوتكم أو بيوت آبائكم أو بيوت أمهاتكم أو بيوت اخوانكم ، أو بيوت اخواتكم أو بيوت أعمامكم أو بيوت عماتكم أو بيوت أخوالكم أو بيوت خالاتكم ، أو ما ملكتم مفاتحه أو صديقكم »

وان إحساس الفقير فى الاسرة بأنه له حق فى مال قريبه الغنى يجعل منه حفيظا عليه حاميا له حريصا على تنميته ، لانه يعلم أن له شطرا فيه، وأنه يأكل منه عند حاجته وعجزه.

وانه في مقابل حق النفقة الذى يفرض للفقير العاجز من الاسرة على الغنى فيها ، وجد حق الميراث، وهو يسير مع حق النفقة على خط مواز له ، فمن تجب له النفقة اذا عجز يكون ماله ميراثا لمن تجب عليه ان مات غنيا ،

وبعبارة أوضح من يكون له ميراث شخص اذا مات عن تركة تكون عليـــه النفقة ان عجز وأعوز، وبهذا تتلاقى الحقوق والواجبات في التعاون، كما تلاقت في حقوق الزوجين.

والفضيلة : هي النظام الذى يسود كلا العلاقات الانسانية سواء كانــت فى الاسرة أم كانت فى المجتمع ،فالفضيلة هى قاعدة الاسلام فى كل ما ينظمه من أحكام ،وما يربطه من علاقات. فاذا كانت المودة والتعاون يصلان كل آحاد الاسرة . ففى دائرة الخير والفضيلة لا فى دائرة الاثم والعدوان. فقد قال تعالى « وتعاونوا على البر والتقوى . ولاتعاونوا على الاثم والعدوان » ولقد ورد ان النبى صلى الله عليه وسلم قال « انصر أخاك ظالما أو مظلوما » فقال بعض الصحابة هذا المظلوم ننصره . فكيف ننصر الظالم . فقال الرسول عليه السلام « ان تمنعه من الظلم» وان الاســـرة تعد مسئولة عن اثم الآثمين فيها . ولذا أوجب الدية على الاسرة ان ارتكب واحد منها جناية ووجبت فيها الدية، وذلك لتتعاون الاسرة في دائرة الفضيلة ومنع الاذى فى آحادها.

وان المحبة فى الاسرة قد تغرى بمخالفة الحق ، ولذا حذر الاسلام من هذا، ونبه اليه لتكون المحبة فى دائرة الفضيلة دائما،ولذا قال تعالى «ان من أزواجكم وأولادكم عدوا لكم فاحذروهم» وتلك العداوة هى أن محبتهم قد تدفع إلى الاذى فيكونوا بهذا أعداء لا أحباء،ولقد كرر سبحانه وتعالى الامر بالاحسان إلى الوالدين فى أكثر من موضع في القرآن الكريم،وقد أردف في كثير من المواضع بالامر بالاحسان اليهما النهى عن متابعتهما فى الشرك،قال تعالى «وان جاهداك على ان تشرك بي ماليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما فى الدنيا معروفا» ولقد قال النبى صلى الله عليه وسلم « لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق » فكانت كل محبة فى داخل الاسرة فى دائرة الفضيلة وحدها

تكـــوين الاســـره :

الـــركن الاول فى تكوين الاسرة الرجل والمرأة ، فمنهما تتكـــون

الاسرة ، وهما جزءان فى ركن واحد، وعنصران فى جوهر واحد ، منهما تتشعب كل الاسرة، ومن عواطفهما السامية ينبعث النور المشرق الذى يهدى الذرية إلى مدارج الانسانية العالية التى ينفصل بها الانسان عن طينة الحيوان ، ولذا قال تعالى « يأيها الناس اتقوا ربكم الذى خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها ، وبث منهما رجالا كثيرا ونساء ، واتقوا الله الذى تساءلون به والارحام ، ان الله كان عليكم رقيبا ».

واذا كان كلا الجزءين لهذا الركن الموحد الذى امتزج فيه عنصر الانسانية اللذان يتكون منهما أقدس المعانى الانسانية هما الاساس لتكوين الاسرة ، فان الاسلام عنى بتنظيم ذلك الارتباط بينهما ، وهو بمنزلة العنصر الثالث الذى يمزج بين هذين العنصرين أو يثير فيهما عوامل الامتزاج. وذلك الارتباط هو عقد الزواج الذى أحل الله فيه الرجل للمرأة وكون منهما روحا انسانية واحدة متحدة الاتجاه والغاية .

وان الاسلام لم يعتّرف برابطة انسانية بين الرجل والمرأة غير الزواج ، فألغى كل ماكان فى الجاهلية من روابط تنشىء أسرة أو تنشىء نسلا ثابت النسب ، فألغى إتخاذ الاخوان ، وألغى وراثة الرجال للنساء ، وقد قال فى ذلك « يأيها الذين آمنوا لايحل لكم أن ترثوا النساء كرها ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن فان كرهتموهن فعسى ان تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيرا كثيرا » واعتبر العلاقة بهذا الوضع باطلة توجب العقاب الشديد ، بل أقصى أنواع العقاب ، وسمى تلك العلاقة مقتا بل اعتبرها زنى تقتضى عقابه الشديد ، وألغى اتخاذ الاخدان واعتبره من أنواع السفاح ، فهو زنى يوجب أغلظ العقوبة وهو فاحشة. والغى الاسلام المتعة وهى نوع من اتخاذ الاخدان أو لها به شبه ، وهما على أية حال فى معنى واحد ومقصد واحد. وقد ذكرنا أن النبى صلى الله عليه وسلم ألغاها و أكد الغاءها بتكراره ست مرات فى ست غزوات.

ولقد صرح القرآن ببطلان كل علاقة بين الرجل والمرأة غير العلاقة الزوجية ، فقد قال تعالى « والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم » وبذلك حصر العلاقة بين الرجل الحر والمرأة الحرة فى الزواج المقدس الذى اعتبره المولى الكريم كلمته التى بها تحل الفروج التى حرمها سبحانه.

الولد بغير الزواج لا يثبت نسبه :

ولتأكيد إلغاء ماعدا الزواج، قرر الشرع الاسلامى أمرين — أولهما — فرض عقوبة غليظة على من يقدم على أمر من هذه الامور التى الغاها الاسلام ، إذ اعتبرها زنى، وعقوبة الزنى جلد الزانى مائة جلدة وتغريبه عاما عند أكثر الفقهاء ، وان كان متزوجا فالعقوبة الرجم كما قرر الجمهور الاعظم من فقهاء المسلمين مستمدين ذلك من أحاديث نبوية ثبتت عندهم صحتها.

الامر الثانى الذى قرره الاسلام لتأكيد هذا الالغاء هو عدم ثبوت نسب من يجىء ثمرة لتلك العلاقات الاثمة ، فان النسب نعمة ، والنعمة لاتكون ثمرة جريمة ، والعرب كانوا حريصين كل الحرص على إثبات نسب من يكونون قد وضعوا بذرته بل على إثبات نسب من يلحقه أحدهم ليكون أكثر ولدا وأعز نفرا ، فقد كانوا يتفاخرون بذلك ويتكاثرون. ولقد قطع عليهم الاسلام إثبات النسب بهذه الطريقة المحرمة ليتجهوا إلى الحلال المقدس، ولذا قال عليه الصلاة والسلام « الولد للفراش وللعاهر الحجر» أى ان العاهر عليه الرجم بدل أن يكون له نسب يعتز به ويكاثر العرب بنسبته له.

وان الاسلام كان حريصا كل الحرص على أن يكون الزواج وحده هو الرابطة المكونة للاسرة لانه يريد أن تكون العلاقات كلها فى داخل الاسرة قائمة على المودة الصادقة،ولا تقوم على المودة الصادقة الا اذا ذهب الدخيل من بينهم ، ومن ذا الذى يستطيع أن يقرر أن الزنى أو ما يشبه الزنى يكون

ثبوت النسب فيه خاليا من مظنة الكذب والبطلان . وفوق ذلك فان من يثبت نسبة ولد منه لاتقتصر علاقة النسب عليها ، بل انه يوجد علاقة بينه وبين أولاد ذلك الرجل الذى الحق به نسبه ، اذ سيكونون اخوته واخواته وستوجد علاقة بينه وبين آباء الرجل ، اذ سيكون من حفدتهم ، وعلاقة بينه وبين إخوة الرجل اذ سيكونون عمومته. وهكذا. وان الاسلام كما ذكرنا قد حرص على تقوية هذه الوشائج كلها واعتبر البر بها وصلتها واجبة ، واعتبرها عناصر الاسرة بمعناها الاعم الشامل وأوجب بها واجبات ورتب لها حقوقا ، فكان من الواجب ألا تكون أسباب هذه العلاقات فيها شائبة بل تكون طاهرة خالصة يطمأن اليها. وكيف تطالب أن يعطى شخصا حق الاخوة ، وهو يعلم أنه ثمرة علاقة آثمة وأنه لا يطمئن إلى أن يكون من بذر أبيه ، بل كيف يعطيه الجد حنان الابوة وهو يعلم أنه ثمرة الحرام ، وكان من طريق مشكوك فيه. فالاسلام لانه وثق الحقوق والواجبات فى الاسرة ووسع معنى الاسرة ولم يضيقها نص على الطريق الموصل إلى القرابة وقصره على تلك العقدة الحلال التى وثقها الله تعالى بكلمته وهى الزواج .

بطلان التبنى :

ولهذه المعانى السامية ، ولتلك الوشائج التى ترتب أقوى الحقوق وأقوى الواجبات منع الاسلام التبنى ، لتكون الاسرة كلها مربوطة برباط الرحم الطبيعية الشرعية ، لا بتلك الطريقة الصناعية التى ابتدعتها القوانين الرومانية وغيرها ، وإتبعها العرب فى عاداتهم وتقاليدهم ليكثروا من النفر أيا كان الطريق وأيا كان السبيل اليه ، ولم يرتض الاسلام تلك السبيل لانها ليست صادقة ولانها تكثر الدخلاء فى الاسرة فتتقطع اوصالها ، ولا تكون تلك العرى الوثيقة التى تربط بين افرادها.

ولقد صرح القرآن الكريم بالنهى عن التبنى فقال تعالت كلماته «وما جعل أدعياءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم ، والله يقول الحق ، وهو

يهدى السبيل ، ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله، فان لم تعلموا آباءهم فاخوانكم فى الدين ومواليكم، وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم وكان الله غفورا رحيما».

ولقد اختبر الله تعالى محمدا صلى الله عليه وسلم في قضية التبنى اختبارا شديدا، ذلك أنه على عادة العرب الحق قبل البعثة عبدا ينسبه كان له ، اذ أن أهله جاءوا إلى النبى صلى الله عليه وسلم ليفتدوه ، فآثر المقام مع النبى صلى الله عليه وسلم فأعتقه النبى والحقه به ، وذلك هو سيدنا زيد بن حارثة رضى الله عنه . وكان بعد هذا الالحاق ينادى — زيد بن محمد — وتزوج على أنه قرشي بقرشية كما أشرنا ، فلما الغيت تلك العادة القانونية التى كانت عند الرومان والعرب وغيرهم بالنص القرآني السابق، كان لابد من مثل حي مشهور . معلم يوثق ذلك الالغاء، واختار الله تعالى نبيه ليكون ذلك المثل الحى المشهور، ذلك أن أمرأة زيد تململت به عندما سقط عنه نسبه القرشي بذلك الالغاء ، فأراد زيد أن يطلقها لهذا التململ المستمر ،وأمر الله نبيه أن يتزوجها اذا طلقها لكيلا يكون على الناس حرج فى أزواج من كانوا يتبنونهم ، ويكون ذلك توكيدا عمليا لمحو التبنى ، والنبى كان يستحى من هذه المجابهة ولكن هكذا أمر الله ، والله أحق أن يخشاه ، وهذا نص القرآن فى هذه القضية فقد قال تعالى «وماكان لمؤمن ولا مؤمنة اذا قضى الله ورسوله أمرا أن يكون لهم الخيرة من امرهم ومن يعصى الله ورسوله فقد ضل ضلالا مبينا ، واذ تقول للذى أنعم الله عليه وأنعمت عليه أمسك عليك زوجك واتق الله ، وتخفى فى نفسك ما الله مبديه وتخشى الناس والله أحق أن تخشاه ، فلما قضى زيد منها وطرا زوجناكها لكيلا يكون على المؤمنين حرج في أزواج أدعيائهم اذا قضوا منهن وطرا ، وكان أمر الله مفعولا، ماكان على النبى من حرج فيما فرض الله له سنة الله فى الذين خلوا من قبل. وكان أمر الله قدرا مقدورا ، الذين يبلغون رسالات الله ويخشونه ولا يخشون أحدا إلا الله وكفى بالله

حسيبا ما كان محمد أبا أحد من رجالكم ، ولكن رسول الله وخاتم النبيين ، وكان الله بكل شيء عليما».

الحث علـــى الزواج :

أبعد الاسلام كل أسباب للنسل أو تكوين الاسرة غير الزواج، وذلك لتكون الاواصر قوية بين كل آحاد الاسرة قريبها وبعيدها وقاصيها ودانيها. وبغض إلى المؤمن أن يسلك فى تكوين الاسرة غير الزواج.

ولهـــذا المعنى السامى فى الزواج حث الاسلام عليه ودعا اليه . فقد قال النبى صلى الله عليه وسلم « أيها الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فانه أغض للبصر وأحصن للفرج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فانه له وجاء.»

وهذا الحديث مجمع عليه فى كتب السنة ، ولا مطعـــن فى سنـــده ، والمراد بالباءة في الحديث تكاليف الزواج ، ومعنى كلمة وجاء أن الصوم قاطع لاندفاع الانسان نحو الشهوات المردية « ولقد اعتبره النبى صلى الله عليه وسلم يتعلق بنصف الدين فمن تزوج فقد حصن نصف دينه ، وهو النصف الاجتماعى الذى يجعله اليفا بالناس لايعتدى عليهم ويسهم فى بناء المجتمع بتلك الاسرة التى أقام دعائمها بهذا الزواج.

والنبى صلى الله عليه وسلم اعتبره أقدس رابطة فى الحياة ، وأجل عقد فى هذا الوجود ، واعتبر الزوجة زهرة هذا الوجود ولذا قال صلى الله عليه وسلم « الدنيا متاع ، وخير متاعها المرأة الصالحة ». وقال عليه السلام « ألا أخبركم بخير ما يكتنز المرء ، المرأة الصالحة ، اذا نظر اليها سرته ، واذا غاب عنها حفظته ، واذا أمرها أطاعته »

ولقد نهى محمد عن التبتل وهو ترك الزواج ، فقد قال قتادة أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن التبتل ، وتلى قوله تعالى « ولقد أرسلنا رسلا من قبلك وجعلنا لهم أزواجا وذرية ».

وبلغ النبى عليه السلام أن نفرا من الصحابة تواصوا فيما بينهم على لانصراف إلى العبادة فقال بعضهم لا أتزوج ، وقال بعضهم أصلى ولا أنام، وقال بعضهم أصوم ولا أفطر، فبلغ النبى عليه السلام ماتواصوا به ، فقال « ما بال أقوام قالوا كذا وكذا ، لكنى أصوم وأفطر وأصلى وأنام، وأتزوج النساء، فمن رغب عن سنتى فليس منى».

ولقد سأل النبى صلى الله عليه وسلم رجلا اسمه عكاف بن وداعة الهلالى فقال له : «ألك امرأة قال: لا، ألك أمة قال: لا، فقال النبى الطاهر، فأنت اذن من اخوان الشياطين ، شراركم عزابكم ، وأراذل موتاكم عزابكم ، ويحك يا عكافى تزوج»

ولماذا حث النبى صلى الله عليه وسلم على الزواج وكرر الدعوة اليه، حتى لقد أفتى فقهاء الظاهرية بأن الزواج فرض دينى، ولوكان الشخص يستطيع ان يكف نفسه عن الزنى، وأجمع فقهاء المسلمين ما بين سنيين وشيعيين وغيرهم على أن الزواج فرض على من يعتقد الوقوع فى الزنى ان لم يتزوج.

والجواب عن ذلك هو أن الاسلام حريص كل الحرص على ثلاثة أمور لاتكتمل إلا بالزواج ، أولها ألا توجد الفاحشة أو لاتنتشر فى الذين آمنوا سواء فى هذا ما ظهر من الفواحش وما بطن.

وثانيها أن الاسرة هى الدعامة فى بناء المجتمع ، والزواج هو رابط هذه الدعامة ، فهو العقد الوثيق المقدس الذى تقوم عليه الاسرة، وماعداه من العلاقات لا يمكن أن يتكون منها بناء للاسرة ، اذ هى علاقات أشبه بعلاقة الحيوان بأى أنثى يلقاها فى عابر الطريق أو فى الغابة ولا يمكن أن تتكون منها أسرة سليمة البنيان .

وثالثها هو حرص الاسلام على ايجاد أجيال انسانية قوية ، ولذلك حث النبى صلى الله عليه وسلم على طلب النسل بالزواج، فقد قال له بعض

الصحابة أصبت إمرأة ذات جمال ومنصب ومال ، ولكنها لا تلد أفأتزوجها فأعرض عنه النبي صلى الله عليه وسلم ، ثم ذكر الرجل هذا مرة أخرى، والنبي يعرض ثلاث مرات ثم قال له عليه السلام « تزوجوا الولود فاني مباه بكم الامم يوم القيامة ».

ولا شك أن القيام على شئون الاولاد ورعايتهم والعناية بهم هو الذى يقدم نسلا قويا ، ولا يكون ذلك إلا بالزواج.

عناية الاسلام بالنسل في الزواج

أجمع فقهاء المسلمين على أن حفظ النسل مقصد من مقاصد الاسلام العليا ، فقد أجمعوا على أن الاسلام فى أحكامه وتكليفاته يتجه الى المحافظة على الدين والنفس والعقل والنسل والمال. فالنسل أحد الضروريات الخمس التى جاء الاسلام للمحافظة عليها ، ومن أجل المحافظة عليه ، كان تنظيم الزواج ، اذ هو المقصد الاول من تنظيمه ، وما من حكم من أحكام الزواج فى الاسلام إلا كان مقصده حماية النسل فى جانب من جوانبه ، فالمحرمات من النساء فى الاسلام كان تحريمهن لتقوية النسل ، فان التزاوج بين الاقارب يأتى بنسل ضعيف، ولقد أثبتت التجارب العلمية التى أجريت فى الحيوان ان التلاقح بين سلائل مختلفة الارومة ينتج نتاجا قويا ، والتلاقح بين حيوانات متحدة السلالة ينتج نتاجا ضعيفا .

وقد لاحظ ذلك الاقدمون ، فيروى أن سيدنا عمر بن الخطاب قد لاحظ ان آل السائب وهم قبيل من العرب لا يتزاوجون إلا فيما بينهم ، فقال لهم رضى الله عنه « يا آل السائب قداضويتم فانكحوا النوابغ».

وقد حث الاسلام على تخير الازواج الذين لاعيب فيهم ، فقد ورد فى بعض الاثار أن الرسول عليه السلام قال « تخيروا لنطفكم فان العرق دساس.»

ونهى الاسلام عن الزواج من المرأة الجميلة ، اذا نبتت فى منبت سوء.

حتى لايؤثر ذلك فى نسلها من الناحية الخلقية فتجعله يعيش حياته الاولى فى بيئة غير فاضلة ، ولذا ورد أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « أياكم وخضراء الدمن ، قالوا يارسول الله وما خضراء الدمن. قال المرأة الجميلة التى نبتت فى منبت سوء».

ومن أجل الحرص على أخلاق النسل والتلاؤم فى العشرة الزوجية حث الاسلام على اختيار الزوج من ذوات الدين ، من غير نظر إلى المال والجمال ، ولقد قال عليه السلام « تنكح المرأة لجمالها ولمالها ولدينها فعليك بذات الدين تربت يداك» وذلك لان ذات الدين تحفظ عرض زوجها ، فتحفظ النسل من الفوضى والاختلاط وتربى فى النشىء نزوع التدين ، والائتلاف والتلاؤم بين رغباته ومطالب الجماعة العليا فيكون عنصرا نافعا قويا .

التــأبيد فى الزواج :

ومن أجل العناية بالنسل شرع عقد الزواج مؤبدا ، ولم يعقد مؤقتا ، لان المقاصد التى تقصد منه لاتكون إلا مع التأبيد ، وأعظم هذه المقاصـــد هو رعاية الاولاد ، فـــان تلك الرعاية لاتكون عـــلى وجهها إلا إذا دامت العلاقة التى كانت سببا فى وجود تلك الثمرة ، إذ أن كل ثمرة لاتنمو إلا على غرسها ، وكل زرع لاينمو إلا فى البيئة التى نبت فيها ، وان العواطف السامية التى ينشأ عليها الاولاد لاتنمو إلا فى ظل تلك العاطفة الكريمة التى تربط بين الرجل وأهله ، فقد اجتمع قلباهما على محبة تلك الثمرة التى يريان فيها صورة حية من تلاقيهما الانسانى والوجدانى ، ويريان فيها قطعا مـــن أنفسهما ممتزجة حيـــة تقطع سبيلها فى الحيـــاة ، ويكون وجودها امتدادا لوجودهما معا ، وهى تشير إلى ما كان بينهما من علاقة مقدسة .

ولذلك أجمع الفقهاء على أن أى توقيت يفسد عقد الزواج ، ولا يكون زواجا صحيحا أصلا بل يكون عقدا فاسدا.

الطلاق ضروري في موضعه :

ولكن شرطا لبقاءه بعد انعقاده على نية البقاء والدوام أن تكون المودة قائمة مستمرة ، فهي التي تربط قلوب الزوجين ، وهي التي يكون بها التعاون على رعاية الاولاد رعاية حسنة واذا حلت البغضاء محل المودة بين الزوجين واستمرت، وعولجت القلوب فلم يجد العلاج أصبح بقاء الحياة بين زوجين على هذه الشاكلة مفسدا للنسل ومفسدا لاخلاقه وعواطفه، اذ أن الطفل يفتح عينيه فيجد نزاعا مستمرا وعداوة مستحكمة ، ونظرات شزراء متبادلة فيؤثر ذلك في عواطفه وينشأ متبرما بالحياة قد نضب معين الالفة من قلبه ، ضيق العطن متململا من الناس .

ولذلك كان من مصلحة الاولاد هذا الفراق ، لتبعد قلوبهم عن رؤية النزاع المستمر صباح مساء ، فلا تصك آذانهم بأصوات الغضب ولا ترمد عيونهم بنظرات البغض ولا تجف قلوبهم بمظاهر الهجر غير الجميل المستمر.

ومن أجل ذلك كان الطـلاق اذا تنافرت قلوب الزوجين ولم يمكـن العـلاج.

وقد وضع الاسلام مراتب للعلاج فدعا الزوجين إلى الاصلاح ما أمكن الاصلاح، فدعاهما اولا أن يصلحا من انفسهما ، فقال تعالى « وان امرأة خافت من بعلها نشوزا أو اعراضا فلا جناح عليها أن يصلحا بينهما ، والصلح خير ، وأحضرت الانفس الشح وان تحسنوا وتتقوا فان الله كان بما تعملون خبيرا».

فان تعذر عليهما أن يصلحا بأنفسهما ذات البين بينهما كان لذويهما أن يتدخلوا بالاصلاح بينهما بل كان عليهم ذلك ولذا قال تعالى « وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ، ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما ».

فان تعذر على هذين الحكمين أن يصلحا بينهما أصبح الفراق ضرورة

اجتماعية وخلقية ولمصلحة الاولاد على الوجه الذى بيناه ، لانه دفع لضرر يتفاقم اذا استمرت الزوجية ولان الفراق صار فى هذه المواضع من اللزوم، قال تعالى « وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته ، وكان الله واسعا حكيما »،

وبهذا يتبين أن الطلاق فى موضعه لايعد عملا ضارا بمصلحة الاولاد، بل هو دفع لضرر عنهم ، كما هو دفع لضرر عن الزوجين أنفسهما ، نعم ان المصلحة تكون أقوى اذا بقى الزواج مع المودة ، ولكن اذا تعذرت المودة وتعذرت هذه المصلحة فلم يبق إلا دفع الضرر وذلك بالطلاق .

التحريم بالرضاعة لاجل النسل :

ولعل من أعظم ما شرعه الاسلام فى الزواج لرعاية النسل هو جعل الرضاعة سببا من أسباب التحريم ، وقد اختص بهذا التحريم من بين الشرائع القائمة الان ، فلا تجد شريعة من الشرائع الوضعيه أو غير الوضعيه حرمت بالرضاعة غير الاسلام ، وقد قال فى ذلك كاتب أوربى « قد استوحى فقهاء المسلمين تلك الحقيقة وهو تقرير قرابة بين الولد والمرضع ، مما جا على لسان نبيهم (تناكحوا تناسلوا تكثروا) فاحتاطوا كل الاحتياط لذلك الغرض الاسمى الذى هو الحياة الانسانية . وهذا هو السر فى أن الاسلام أعطى المرضع هذه المكانة ، لانها جادت بلبنها ، فساهمت في تنفيذ الوصية الربانية . وهذا أيضا هو السر فى أن الاسلام رفع شأن الحامل ، ولقد جعل الاسلام للمرضع تلك المكانة ولو كانت غير مسلمة ، يهودية أو نصرانية ، وانها لمكانة سامية تجعلها فى الاسرة فى المكان التالى للام ».

وكان التحريم بالرضاعة لهذا المعنى ، ولمعنى آخر لا يقل عن ذلك وجوبا ورعاية واعتبارا ، وذلك المعنى هو العناية بمن ترضع الطفل اذا لم تكن أمه ، فإنه اذا علمت أسرته أنها تحرم كما تحرم الام التى ولدته تنبهوا إلى مقدار أثر الارضاع فى جسم الطفل الصغير وأثر لبن من ترضعه ، وتنبهوا إلى ان المرضع تغذوه من جسمها فتدخل أجزاؤها فى تكوينه ، ويكون

جزءا منها، اذ أن لبنها در من دمها الذى ينبت لحم الطفل وينشر عظمه، واذا تنبهوا لذلك تخيروا المراضع ، وتعرفوا سلامة من ترضع أولادهم ، لانه اذا كان دمها ملوثا بمرض مستكن فيه سرى إلى الطفل فى مجرى دمه وأجزاء جسمه، وان كانت نقية الدم قوية الجسم استفاد الطفل منها قوة ونماء.

ولم تقف عناية الاسلام بالنسل عند جعلها سببا من اسباب التحريم كالقرابة ليتخير الاباء من يرضعن أولادهم ، بل ان الاسلام أوجب مع ذلك على الام الحقيقية أن تتولى ارضاع ولدها، ولا تلجأ إلى تخير المراضع إلا اذا تعذر على الام أن ترضع ولدها ، اما لان لبنها لا يكفيه ، أو نصحها الاطباء ألا ترضعه لمصلحته أو مصلحتها . وكلتاهما واجبة الرعاية ، وقد تتوفى الام والولد فى المهد فتكون المرضع لامحالة.

وان القرآن قد صرح بوجوب ارضاع الام لولدها فقال سبحانه « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة ، وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وعلى الوارث مثل ذلك ».

ولقد قرر المفسرون أن قوله تعالى « يرضعن » هو للوجوب لا للاختيار ، وهو نداء الفطرة . اذ أن الام السليمة تكون صحتها وسلامتها فى أن ترضع ولدها.

وانما كان ذلك الوجوب الدينى لان الطفل فى المهد يجب أن يكون غذاؤه من جنس الغذاء الذى كان يتغذاه فى بطن أمه وهو جنين، ولايتم ذلك إلا اذا كانت الام التى تغذى منها وهو حمل فى بطنها هى التى تغذيه بلبنها وهو طفل فى حجرها . ولان لبن الام ينمو بنمو الطفل . ويدسم كلما تقدمت به الاشهر شهرا بعد شهر . وهو رزق الطفل ، فلا يصح أن تلقيه الام أو تتركه ينحبس فى جسمها . وله صاحب يطلبه ، وهو ذلك الطفل الذى رزقته .

وقد أجمع الفقهاء على أنه يجب أن ترضع الام ولدها وجوبا دينيا ولم

يجز الحنفية الالزام به بحكم القضاء إلا اذا كان لايلقم إلا ثديها أو لم توجد مرضع سواها ، أو كان الاب فقيرا لايستطيع أن يستأجر مرضعا له ولم يوجد من تتبرع له بالارضاع.

وأجاز الامام مالك للقضاء أن يلزم الام بالارضاع فى هذه الصور التى اجازها الحنفية وغيرها وذلك ليتلاقى الوجوب الدينى مع الوجوب القضائى، إذ لامعنى للتفرقة بينهما.

ومهما يكن أمر الخلاف فإن الاسلام قد عنى عناية خاصة بالنسل فى نشأته وهو فى المهد فى حجر أمه.

عناية الاسلام بحضانة الطفل

ان الطفل منذ يولد تبتدىء غرائزه وعاداته فى التكوين وتنمو عواطفه فتتجه نحو الالف والائتلاف أو تتجه نحو النفور والشذوذ ويبتدىء يتعود كبت عواطفه وأحاسيسه من غير ارهاق نفسى، وأن الكبت الذى يجىء بحكم التدرج نحو الكمال الانسانى انما يكون فى الرعاية الابوية، ولقد قالت كاتبة أوربية « فى خمس السنين الاولى من حياة الطفل تعمل القوى الغريزية البدائية عند الطفل فى نشاط واضح وفى علاقات الطفل الاولى بوالديه تستخدم هذه القوى ثم يتغلب عليها بادماج نفسه فى رغبات والديه فتكبت ويكون الضمير اللوام ويبدأ الطفل حياة جديدة أساسها كبت الغرائز وموافقتها (١)».

وان هذه السن وما بعدها هى سن الحضانة الضرورية ولا بد أن يكون أساسها مجاوبة عاطفية دائمة بين الطفل ومن حوله ليستطيعوا أن يكونوا فيه ضميره الذى يجعله يألف ويؤلف وان عاطفة المرأة هى العامل القوى فى هذا الدور ولهذا قرر الاسلام أن الحضانة حق للنساء وواجب عليهن . وقد

---

(١) هذا ومثله فى كتاب «أطفال بلا أسر» ترجمة محمد بدران ورمزى.

وردت بذلك الاحاديث عن النبى صلى الله عليه وسلم ومن ذلك أن امرأة جاءت اليه عليه السلام تقول له « يارسول الله هذا ابنى كان بطنى له وعاء، وحجرى له حواء وثديى له سقاء، وان أباه طلقنى وأراد أن ينزعه منى» فقال لها الرسول الكريم « أنت أحق به مالم تتزوجى» ويروى أن عمر بن الخطاب كان قد طلق امرأة من الانصار بعد أن أعقب منها ولده عاصما ، ثم رآه فى الطريق مع جدته أم أمه فانتزعه منها . ولكنها لم تتركه حتى ذهبت معه إلى أبى بكر الصديق خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم فانتزعه أبو بكر من يدى الفاروق عمر بن الخطاب وقال له « ريحها ومسها ومسحها وريقها خير له من الشهد عندك »

واذا نزعت الحضانة من الام اذا تزوجت . فقد قالوا ان ذلك انما يكون اذا لم يكن زوجها ذا رحم محرم من الطفل فاذا كان ذا رحم محرم فانه لاينزع من يدها . وضربوا لذلك مثلا اذا توفى الاب عن أطفال فتزوج عم الاطفال أمهم ليتمكن من رعايتهم حق الرعاية.

وان السبب فى نزعه اذا تزوجت أجنبيا هو الخشية على عواطفه من أن تربى على الجفوة وعدم الألفة . فلا تذهب فقط فائدة الحضانة بل تكون اقامته فى بيت امه داعية لنقيضها . وقد علل الفقهاء ذلك بهذا التعليل ، وقد جرت فى عباراتهم تلك الكلمة «أن زوجا اذا لم يكن ذا رحم محرم يؤكله نزرا وينظر اليه شزرا» وهى كلمة تومىء إلى المعانى التى تربيها تلك الحضانة التى تكون فى ظل كاره للطفل من أنها تربى عواطف النفور وعواطف النفور إذا نمت نمت معها الكراهية لكل ما يحيط به فيصير من الشواذ الذين يعتدون وينظر إلى الناس دائما نظرة العدو لعدوه.

واذا نزعت حضانة الام لسبب يكون النزع من مصلحته فإنه لا ينتقل إلى أيدى الرجال بل ينتقل إلى أيدى النساء اللائى يرجى منهن أن يكن أمهات له ، وان لم يكن مثل أمه . فانهن يكن قريبات منها . ولاحظ عند الانتقال

إلى غير الام أن تكون الحاضنة قرابتها من قبلها فتقدم أم الام على غيرهـا واذا لم تكن أم أم فأم أب. وهكذا تكون الحضانة بين النساء والترجيح فيها لقرابة النساء ولا يتجه إلى قرابة الرجال إلا اذا لم يكن فى الطبقة قرابة نساء، ولذا تقدم الاخت لام على الاخت لاب. وذلك لتبقى معنى الامومة هى الراجحة فى كل درجات الحاضنات مهما تكن بعيدة.

ولقد قرر الفقهاء أن اختلاف الدين لايمنع حق الام فى الحضانة فإذا كانت الام مسيحية والاب مسلما فلها حق حضانته. ولا ينزع من يدها إلا اذا بلغ سنا يعقل فيها الاديان فانه ينزع من يدها إلى من يتحد دينها مع دينه الذى هو دين أبيه.

ويلاحظ أن بقاء الطفل فى يد الحاضنة لايمنع الاب من الاشراف عليه ورعايته، ولا يمنع من رؤيته ولذلك كان محل اقامة الحاضنة لابد أن يكون فى البلد الذى يقيم فيه الاب، لكى يجتمع للطفل رعاية الامومة والابوة؛ فتربى عواطفه تربية كاملة ويوجه إلى الصالح الذى يتقن توجيهه النســاء؛ والصالح الذى لا يتقنه إلا الرجال فيتعود تحمـــل التبعات بما يلقنــه أبوه، ويتعود الائتلاف بما تلقنه الحاضنة. ولا يختلف البلد الذى تكون فيه الحاضنة عن محل اقامـــة الاب إلا فى صور استثنائية اختصت بالاستثناء فيها الام وحدها دون سائر الحاضنات، لان كمال شفقة الام قد يغنى عن اشراف الاب فى سنى الطفل الاولى التى لايحتاج فيها إلا إلى الغذاء البدنى والروحى العاطفى، وعينه بعد لم تفتح إلى الوجود كله حتّى يربيه من هو اكثر اتصالا بهذا الوجود وهو الاب.

واذا لم يكن للطفل حاضنة من النساء تستوفى شروط الحضانة وتستأهل ذلك الحق المقدس فإن الحضانة تنتقل إلى أقاربه ذوى الرحم من الرجال، ليقوموا بواجب الرعاية وقد يكون فى شفقتهم ما يسد بعض النقص الذى يفقده الطفل بحرمانه من رعاية النساء فى تلك السن وكل ما فيه طرى غض.

ولقد فرض الفقهاء صورا لايجد فيها الطفل حاضنا يحضنه قط لامن الرجال ولا من النساء،وقالوا فى مثل هذه الصورة أن القاضى المفوض من ولى الامر بذلك يضعه فى بيت أمين شفيق يرعاه ويكفل ذلك اليتيم كفالة الام والاب له.

وانه فى هذه الصورة يصح أن نقول ان الفقهاء يجيزون انشاء دور الحضانة يشرف عليها مختصون يؤوى فيها كل طفل فقد الحاضن، أو لم يوجد فى قرابته من يصلح لحضانته، على أن تكون دور الحضانة هذه يؤوى فيها الطفل يومه الكامل. وعلى أن يقوم بالرعاية فيها نساء قد اختصهن الله بشفقة الامومة ليجد فيها الطفل أما ترأمه ، وان لم ير فى مشاعرها وحواسها صورة الام الحقيقية.

وانه مهما تكن دور الحضانة من الرعاية فإنه لايمكن أن تقوم مقام رعاية الام ، ولذلك لايصح أن يلجأ اليها إلا عند الضرورة ، وقد وازنت صاحبة كتاب أطفال بلا أسر بين طفل تربى بين أبويه،وطفل تربى فى الملاجىء أو دور الحضانة ، فقالت فى بعض ما كتبت « كلما وازنا بين أطفال الملجأ الذين تجاوزوا العام الاول وبين أطفال المنازل فى مثل سنهم كانت نتيجة الموازنة ليست فى صالح الاولين» ثم تتكلم فى نمو حاسة النطق فتبين سرعة نموها بانتظام فى طفل الاسرة وتقول فى ذلك «ان بداية الكلام الحقيقى تنمو على أساس الصلة المباشرة بين الطفل ووالديه ، فالطفل يدرك بغريزته كل انفعال يثيرانه فهو يراقبهما ويقلد التعبيرات المختلفة التى تظهر على وجههما وهذا الانفعال العاطفى التقليدى فيه من القوة مايدفعه إلى الكلام»

ولهذا لايصح أن نتوسع فى اخراج الطفل من اسرته مادام له حاضن من قرابته ، وعلينا أن نصلح الحاضن أو الحاضنة بدل أن نحرم الطفل من العطف الذى ينبعث من شفقة القرابة فينمى كل مواهبه ويخلق منه بهذا رجلا جاف الطباع خشنا لا يألف ولا يؤلف.

عناية الاسلام بالولاية علي النفس

الولايه عـلى النفس :

كانت الحضانة هى التربية الاولى للطفل،وأما الولاية على النفس فهى للمحافظة على الطفل وصيانة نفسه . وهى تثبت على الطفل مقترنة بولادته وتصحب الحضانة . فى وجودها ، ولكن لا ينتقل الطفل من يد الحاضنة إلى يد الولى على النفس إلا بعد انتهاء سن الحضانة فحين تنتهى الحضانة تكون الرعاية كلها للولى على النفس . ومدة انتهاء الحضانة قدرها الفقهاء بأمـر معنوى تظهر آثاره فى الحس ، وهو استغناء الطفل عن النساء بأن صار يأكل وحده من غير ترغيب ويلبس وحده ويستحم وحده . وتلك هى المظاهر الحسية أما الحقيقة المعنوية فهى أنه يبلغ الحد الذى تنمو فيه مواهبه النمو الاول فى داخل الاسرة من ذلك إلى أن يخرج إلى الحياة لتنمومواهبه فـى ظلها كما نمت مواهبه الاجتماعية الاولى فى ظل الامومة.

ومهما يختلف فقهاء المسلمين فى السـن التى يتجاوز بها الطفـل سن الحضانة الادنى قد وضعوا ذلك القياس الضابط وهو أن يستغنى عن النساء، وقد اتفقوا أيضا على أن الاستغناء عن النساء يبدأ مبكرا فى الصبى ،وقد يمتد أكثر فى الصبية ، ولذلك كانت سن الحضانة تمتد عندها أكثر مما تمتد عند الغلام والمعمول به الان فى السودان أن الصبى حد حضانته الاولى سبع سنين وقد يمدها القاضى المختص إلى تسع ،والصبية حد الحضانة الاولى لها تسع وقد يمدها القاضى إلى احدى عشرة سنة ان رأى أن المصلحة تسوغ ذلك المد.

وهناك اتجـاه إلى مـد السن اجبـارا بالنسبة للصبى والصبية اذا كانت الحاضنة هى الام وجعل ذلك المد جوازيا للقاضى اذا كانت الحاضنة أم الام ، وذلك اتجاه له اعتباره على أن تراعى فى ذلك مصلحة الطفل قبل كل شيء وان يكون للقاضى سلطان المنع اذا تبين أن الام غير صالحة لهذه المنحة الزمنية التى اختصت بها.

وانه حيث تنتهي الحضانة يبتدىء انفراد الولي على النفس بالسلطان كما أشرنا، لان الطفل في هذا الوقت يحتاج إلى من يحافظ عليه ويصونه ويرعاه، ويأخذ بيده ليريه الوجود كما هو ويوجه نظره إلى حقائقه وغايات الناس فيه، ويعلمه ويربيه، وينشئه تنشئة حسنة بالقدوة الحسنة والتوجيه المرشد وذلك يكون للرجال. فانه حيث تنتهي مهمة المرأة في التنشئة بالحضانة والرعاية الاولى، تبتدىء مهمة الرجل بالكفالة والصيانة، وان التشرد الذي نراه في بعض مدائن البلاد الكبيرة هو من ضعف سلطان الولي على النفس أو أهماله أو سوء توجيهه، فذلك هو السبب الحقيقي ولا سبب سواه، وان بعض الذين لا يمحصون الحقائق ظنوا أن السبب هو الطلاق، أو تعدد الزوجات، والاحصاء الدقيق بين الاحداث والمشردين يثبت أن نسبة من طلقت أمهاتهم أو من تزوج آباؤهم عليهن ضئيلة لاتسمح بان يكون هذا هو السبب في هذه الكثرة، ولذلك لايصح أن نسير وراء ذلك السبب المزعوم ونكون كالطبيب الذي تشبثت بعقله صورة داء واخذ يعالجه في المريض وهو غير حقيقي، ويترك الداء الحقيقي يستشري ويضعف الجسم.

ان التشرد ينشأ من فقد رعاية الامومة والابوة معا، فينشأ بين اليتامى الذين فقدوا آباءهم وأمهاتهم، كما ينشأ بين الاطفال الذين انصرفت عنهم الحواضن والاولياء، واكثره من الذين أجرم آباؤهم فوجهوهم إلى اسباب التشرد بالاهمال المطلق أو تعويدهم عادات اجرامية أو تعويدهم مهانة النفس وعودهم اخضر كحملهم على تكفف الناس بالسؤال، فمن بين هولاء يولد التشرد في النفوس، وتمتد جذوره فيها، وتكون النفرة بين هؤلاء الاحداث وبين المجتمع الذي يعيشون فيه فينفر منهم وينفرون منه وتتولد فيهم روح البغض له والتربص له بالاذى.

لذلك عنى الاسلام بأمرين: أحدهما – تنظيم سلطان الولي على النفس والثاني – تسهيل أسباب العيش.

أما الامر الاول، فقد عنى فيه الاسلام بأن يختار الولى على النفس ممن يهمهم أمر الصغير بمقتضى الفطرة والعلاقة النسبية ويلحقهم عاره ان فسد، ويعود عليهم بالنفع والنصرة ان صلح وأولئك هم أقاربه الاقربون من أسرة أبيه. وقد اختلف الفقهاء فى عددهم ما بين مكثر ومقل، فالحنفية جعلوا هذه الولاية لكل العصبات بل جعلها أبو حنيفة لكل الاقارب، والشافعية جعلوها فى الاصول والفروع، والمالكية والحنابلة جعلوها في الاب، ثم لمن يختاره القاضى بعد ذلك ليكون الولى تحت اشرافه ورقابته والقاضى فى أغلب الاحوال يعين من عصبته خاصة أو قرابته عامة ،فهولايخرج عنهم ؛ ولكن يختار منهم ولا يجعل لمجرد سلسلة النسب والقرابة الحكم المنفرد فى الامر، بل ذلك فى حال الاب فقط، أما من عداه فانه يكون بتخير القاضى لابسلطان القرابة وحدها فقد يكون القريب البعيد أصلح من الاقرب منه فلا تكون الرعاية كاملة.

هذا نظر أولئك الفقهاء، أما الحنفية فقد جعلوا الحكم هو القرابة وقربها من غير قصر، ولا ينزع الطفل من أيدى أقاربه إلا اذا ثبت فسادهم ولا شك أن النظر الاول أحوط إذ الوقاية خير من العلاج.

ومهما يكن أمر اختلاف الفقهاء في نظام التولية فان هناك امرا مقررا ثابتا وهو أن الولى سواء كان معينا من قبل القاضى أم كانت القرابة القريبة هى سبب توليه — لابد أن يكون صالحا لان يربى الطفل وينشئه تنشئة يرجى منها الخير له ان كتب الله له الهداية والتوفيق، ولذلك اشترطوا فى الولى أن يكون بالغا عاقلا قادرا على صيانة الطفل وتربيته وأن يكون أمينا فى نفسه وأن يكون أمينا على القاصر فلا تكون بينه وبين القاصر خصومة مالية وأن يكون هو فى ذاته صالحا غير فاسد لان هذه الولاية للاصلاح والحفظ والصيانة فلا يتولاها من اشتهر بالفساد.

ولذلك اذا كان أحد الاقارب الذى يستحق ضم الطفل اليه مفسدا لا يدفع اليه القاصر بل يدفع إلى من يليه اذا كان مصلحا وليس مفسدا .

وان الامر فى تقدير الفساد والاصلاح هو للقاضى المختص وكان ولايزال فى السودان يقدر الامر من غير نظام دقيق مقيد، وكان الامر فى مصر يسير على ذلك النحو إلى أن جاء القانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ فلم يترك الامر إلى القاضى بالنسبة لبعض الاشخاص الـذين دل ماضيهم عـلى عدم الرجاء فى حاضرهم ومستقبلهم بالنسبة للاطفال فقرر أن تسلب الولاية اجباريا عمن يأتى :

أ – من حكم عليه فى جريمة اغتصاب أو هتك عرض أو لجريمة مـن الجرائم التى يكون فيها تحريض على الدعارة وكانت الجريمة على من هو فى ولايته وكذلك من حكم عليه أكثر من مرة في هذه الجرائم ولو لم تكن الجريمة على من هو فى يده.

ب – من حكم عليه لجناية وقعت على نفس أحد ممن تشملهم الولاية أو حكم عليه لجناية وقعت من أحد هؤلاء.

وسلب الـولاية فى هاتين الحالتين سلب حتمى لاجوازى. ويلاحظ أن الفقرة الاخيرة تعتبر الولى مسئولا عن جرائـم القصر وتسلب منه الولاية اذا أدى اهماله إلى أن يرتكبوا جناية من الجنايات.

ويكون سلب الولاية جوازيا فيما يأتى :

أ – اذا حكم على الولى بالاشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقته.

ب – اذا حكم عليه فى جريمة اغتصاب أو هتك عرض أو تحريض على الدعارة ولم تكن الجريمة على من هم فى ولايته.

جـ – اذا حكم على الولى أكثرمن مرة لجريمة تعريض الاطفال للخطر أو الحبس بغير سبب أو الاعتداء الجسيم ، اذا كانت الجريمة فى كل هذا على أحد ممن تشمله ولايته.

د – اذا حكم بايداع أحد المشمولين بولاية الولى فى دور الاستصلاح فان ذلك يكون دليلا على أنه لا يحسن القيام على تربية من هو فى ولايته.

هـ – اذا عرض الولى للخطر صحة أحد ممن تشملهم الولاية أو سلامته أو

أخـــلاقه أو تربيته بسبب سوء المعاملة أو سوء القدوة نتيجة الاشتهار بفساد السيرة أو الادمان على الشراب أو المخدرات أو بسبب عدم العناية أو سوء التوجيه ولا يشترط فى هذه الحال ان يصدر ضد الولى حكم بسبب تلك الافعال .

وهذه الاحوال الجوازية ليس الجواز فيها معناه أن تطلق يد الولى بـــل ان الجواز انما هو فى سلبها أو في وقفها كلها أو بعضها ولكن لايجوز أن تطلق يده اطلاقا تاما.

ويجوز الحكم بسلب الولاية أو وقفها ولوكانت الاسباب المسوغـــة للوقف قد وقعت قبل أن يتولى الولى على النفس ولايته.

ويجوز للمحكمة الجنائية حين تقضى بالعقوبة التى هى سبب لسلب الولاية أو وقفها أو الحد منها أن تقضى بذلك.

ولا شك ان هذه الاحكام التى نص عليها ذلك القانون ليست بعيدة عن الفقه الاسلامى انما هى في جوهرها تطبيق لاحكامه ، فهى تفصيل بعض أحوال الفساد التى تسوغ سلب ولاية الولى على النفس ، أو تقييدها أو وقفها ، أى سلبها أمد معلوما ، وذلك لا يمنع سلطان القاضى فى سلب الولاية اذا تحقق لديه فساد ليس مما نص عليه ذلك القانون.

ولكن يجب أن نقف وقفة قصيرة في هذه المسألة فان القانون المذكور نص على سلب الولاية وجوبا أو جوازا في تلك الاحوال ، ولكن من يتولى التبليغ إلى المحكمة لتسلب أو تقف أو تحد ليمنع الشر قبل وقوعه ، لاشك أن محكمة الجنايات لها أن تسلب الولاية فى حكمها ، ولكن ذلك جوازى لا وجوبى ، وكان ينبغى ان يكون وجوبيا ، خصوصا وانها لا تتنبه إلى ذلك إلا اذا كانت الجناية على القصر وكان الحكم متضمنا سلب الولاية مـــن تلقاء نفسه ، وان لم ينص على ذلك فى صيغته لان سلب الولاية كما هو في الحال الاولى حتمى لاجوازى فهو يثبت بمقتضى الحكم ، وعلى محكمة الجنايات أن تحيل الامر بعد ان تفصل إلى محكمة الاحوال الشخصية لتعين وليا غيره.

ولكن اذا كان الفساد ليس من هذه الانواع ، أو منها، ولم يصدر الحكم بالسلب لانه جوازى، فمن الذى يتولى التبليغ؟ ان هذا الامر غير منصوص على حكم فيه ، ولذلك يترك القاصر فى يد ذلك الولى الفاسد وقد يكون ذلك الفاسد محكوما عليه بالاشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة ولا أحد يفكر فى امر الاطفال الذين حجبتـه عنهم غياهب السجن ، فلا يفكر فى أمرهم قضاء ولا نظم اجتماعية كافلة راعية ، بل ان أمرهم يصير هملا، حتّى تظهر منهم الجرائم أو يستشرى الفساد فى نفوسهم فعندئذ نفكر فى اصلاحهم أو فى توقى ضررهم وقـد كان العلاج فى دائرة الامكان عنـد وجود سببه.

ولذلك نرى أنه يجب أن ينص فىقانوننا السودانى على ثلاثة أمور :

أولها — أن تنشأ وحدات اجتماعية تقوم بدراسة القصر الذين هم فى ولاية غيرهم وخصوصا اذا كانوا يتامى قد فقدوا آباءهم الذين كانوا يقومون على تربيتهم،ولو كانوا اغنياء ذلك لانهم اذا كانوا أغنياء كانت عـوامل الشر أوسع مدى والرغبة فى اموالهم قد تؤدى إلى ضياعهم وعدم القيام بتربيتهم.

واذا لوحظ تقصير فى الرعاية من الاولياء سواء أكانوا الاباء أم غيرهم اتجهت الوحدة الاجتماعية إلى تبليغ دائرة الاحوال الشخصية لتتولى التحقيق وتعرض الامر على المحكمة المختصه لتفصل فيه.

ثانيها — أن تبلغ محكمة الجنايات فى كل حكم فيه تقييد للحرية الحكم إلى محكمة الاحوال الشخصية لتتولى نيابتها التحرى عن قصر هذا المحكوم عليه ، من الذى يتولاهم وما حالهم ، فتبقى ولاية المحبوس أو تقفها أو تعين وليا اذا كان الحبس لمدة طويلة أو كان المحكوم عليه غير صالح لان يستمر وليا لانه فاسد وولايته مفسدة.

وثالثها — أن تتولى الوحدات الاجتماعية دراسة حال القصر الـذين تركهم ذووهم اما اجمالا أو لتقييد حريتهم أمدا طال أو قصر من ناحيـة

ما ينفقون منـــه ومن ينفق عليهم ، فان وجدتهم في حاجـــة إلى مساعدات اجتماعية تولتها وتعهدتها باستمرار إلى أن يزول السبب الذى استدعى ذلك الانفاق ، وانها بذلك تزيل أعظم سبب من اسباب التشرد فى الصغار وهـو الفقر واهمال الولى على النفس.

هذا نظام الولاية على النفس شـــرعا وقانونا ، ومصر وحـدها من بين البـــلاد العربية هى التى نظمت الولاية عـــلى النفس با حكام قانونية منفصلة عـــن الاحكام الفقهية. ولقد قرر فقهاء الشريعة أنه اذا لم يكن للقاصر ولى يضم اليه أودعه القاضى أمينا يقوم على رعايته و كفالته والمحافظة على نفسه وماله ودينه، ويربيه وينشئه .

ذلك قول الفقه ، ويصح فى مثل هذه الحال أن يعهد به القاضى إلى هيئة تقوم بهذه الكفالة وتتولى هى تلك التربية ، على أن تنشأ تلك الهيئات وتنظم تنظيما يضمن أن ترعى الاطفال رعاية تقوم مقام رعاية الاباء ، وان ذلك أيضا تطبيق لاقوال الفقهاء.

تسهيل العيش للقاصرين :

كما عنى الاسلام بمن يتولى أمر تربية الطفل عندما ينتقل من دور الحضانة إلى دور الكفالة الابوية ، قد عنى أيضا بعيشه وبمن يتولى ماله ، وامر تزويجـــه ولنتكلم كلمات يسيرة موضحة وان لم تكن مفصلة.

الولاية عـــلى المال :

نظم الفقه الاسلامى الولاية المالية ، كما نظم الولاية على النفس، فجعل الولاية المالية للاب ثم من يختاره الاب بعد وفاته وليا على اولاده ، ثم للجد أبى الاب ثم من يختاره الجد وصيا على أحفاده بعد وفاته فان لم يكن أب ولا جد ولا وصى لهما، كانت الولاية لمن يعينه القاضى المختص وقد فوض الشرع أمر الطفل وماله إلى أبيه اذا كان أبوه حسن الرأى والتدبير و كان أمينا

على نفسه وماله ، ولم يقيده في تصرفاته إلا بالاحكام الشرعية العامة كما قيده بقيد واحد خاص وهو ألا يتبرع من مال الصغير ولا يتصرف تصرفا فيه غبن فاحش عليه لان ذلك بالنسبة لماله ضرر محض وهو يتولى امره لمصلحته المالية ، لا لنقص أمواله.

واذا كان الاب غير أمين نزعت أموال ولده من يده ، لان ضرر هذه الولاية اكبر من نفعها فيكون أمر إدارة امواله إلى من يكون أصلح وأحفظ وأصون .

ولو كان الاب سيء الرأى والتدبير ولكنه أمين كانت تصرفاته تحت اشراف القاضى مع بقاء ولايته لينتفع بامانته ويتقى سوء رأيه ،ولا يجوز له من التصرفات من غير اشراف إلا التصرفات الواضحة المصلحة .

ولقد جاءت القوانين المصرية التى كان آخرها القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ منظمة لتلك الاحكام غير مخالفة لجوهرها ، وان قيدت اشكالها ووصفتها فى ضوابط نظامية ، ولكنها جعلت ولاية الاب فى كل احواله تحت اشراف القاضى ولو كانت ولايته ورأيه كاملين ، إلا اذا كان المال الذى آل إلى الصغير هو من تبرع أبيه له ، فانه تكون ولايته من غير أى رقابة عليها ، وذلك لتشجيع الاباء على التبرع لابنائهم ولانه محسن إلى إبنه بتبرعه ، وما على المحسنين من سبيل.

واذا انتقلت الولاية إلى الجد أو إلى الاوصياء المختارين من قبل الاب أو الجد أو الذين يعينهم القاضى المختص فان الولاية تكون مقيدة ولاتكون مطلقة ، وتكون تحت اشراف القاضى سواء اكانوا حسنى الرأى والتدبير أم لم يكونوا،وذلك لان شفقة هؤلاء دون شفقة الاب، ولان الاساس فى الولاية مصلحة المولى عليه ، وهذه المصلحة ليست مؤكدة فى حال هؤلاء ولو كانوا أمناء.

ولاشك أن الاساس فى ولايتهم الامانة فاذا فقدوها زالت عنهم الولاية

أو استحقوا أن تزول وعزلهم القاضي، وولي بدلهم من يصلح، أو وقف هذه الولاية اذا كان الجد هو الذى يتولاها.

والقوانين الحاضرة المصرية التي كان آخرها القانون المشار اليه آنفا وهو القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ قد نظم هذه الولاية وبين شكل رقابتها والنظم التي يتبعها المتولون في بيعهم وشرائهم وسائر تصرفاتهم في أموال القاصر، وهو لايخرج عن لب الشريعـة ، وان أتي بقيود شكلية نفـذت بها المعاني الشرعية وحبذا لو اصدر المشرع السوداني قانونا ينظم هـذه الولاية ويبين شكل رقابتها .

نفقـة الطفـل :

اذا كان الطفل له مال فنفقته من ماله ، بل انه اذا كان له قريب فقير عاجز عن الكسب وجبت نفقة الفقير في مال الصغير يفرض القاضي هذه النفقة ، وان الطفل ان كان غنيا والاب كان فقيرا كانت نفقة الاب في مال الصغير ، وان هـذه حقوق ماليـة والتزامات شرعية ثبتت بحكم الشرع وخلاصتها أن الفقير من الاسرة تكون نفقته في مال الغني من غير فرق بين غني صغير وغني كبير.

واذا كان الطفل فقيرا فإن نفقته تكون على أبيه اذا كان أبوه غنيا ، أو كان قادرا ، وقد قرر الفقهاء في ذلك قاعدة مطردة ، وهو أنه لايشارك الاب في نفقة اولاده أحد، ولوكان الاب قادرا على العمل ولكنه فقير فان فقره لايعفيه من ذلك الواجب الثابت بحكم القانون ، ولكيلا يضيع الطفل وجب على من يلي الاب في هذا الواجب اذا لم يكن الاب موجودا أن ينفق ويكون ما ينفقه دينا على الاب يؤديه اذا أيسر.

واذا كان الاب غير موجود، أوكان موجودا ، ولكنه عاجز عـن الكسب عجزا مطلقا فان النفقة تكون على قرابته الاغنياء مرتبين على حسب الارث كما هو المذهب الحنفي الذى اختارته حلقة الدراسات الاجتماعية

التي انعقـــدت في دمشق في ديسمبر سنة ١٩٥٢ وجعلته أساســا لتنظيم نفقات الاقارب التي اعتبرت جزءا من التكافل الاجتماعي الاسلامي في الاسرة.

وخلاصة ذلك أن من يرث الفقير العاجز ان مات غنيا تجب عليه نفقته في حال العجز لان الغرم بالغنم فمن كان يغنم الميراث، وجبت عليه النفقة، والحقوق والواجبات متقابلة، وقد أشرنا إلى ذلك من قبل.

العلاقة الانسانية في الاسره :

ان العلاقات الانسانية في الاسرة الاسلامية تقوم على عناصر ثلاثة، أولها احترام الشخصية في الاسرة، ثانيها المساواة في المعاملة، ثالثها - المحبة الواصلة والود الدائم المستمر، ولنشر إلى كل واحد من هذه بكلمة موضحة.

احترام الشخصية :

ان الفرد في الاسرة يدمج فيها، فالابناء يدمجون في الاباء والاخوة يتحدون ويتعاونون والزوجان يندمج كل واحد منهما في صاحبه، ويندمج فيهما أولادهما ولكن مع هذا الاندماج لاتفنى شخصية كل واحد من آحاد الاسرة في سائرها، بل كـــل له كيانه وشخصيته الذاتيـــة وتتلاقى هـــذه الشخصيات ويتكون منها بناء الاسرة، من غير أفناء للذاتية الشخصية.

ولذلك كان للزوجة مع اندماجها في زوجها شخصيتها الكاملة، فلها الولاية التامة على نفسها ومالها وليس للزوج أن يتصرف في مالها الا باذن منها، فان لم يأذنها كان تصرفه في حكم التصرف في مال أجنبي لاينفذ إلا باجازتها وذلك عند الحنفية، وقال جمهور الفقهاء يبطل تصرفه، وذلك حق لم تعترف به الشرائع الوضعيه للمرأة كاملا على الوجه الذى بينوه، فإن الاسلام جعل للمرأة الحرية المطلقة في التصرف في مالها لايقيدها إلا بما يقيد البالغ العاقل الرشيد في التصرف في ماله، ولم يشذ عن هذا إلا رأى لمالك روى عنه، وهو أن المرأة لها أن تتصرف في كل شيء بالتبرع أو غيره إلا أنها اذا كانت زوجة فإنها لاتتبرع بأكثر من ثلث مالها.

وان شخصية الاولاد أمام أبيهم محترمة ، فالولاية الابوية تنتهى عند البلوغ عاقلا رشيدا فاذا بلغ ذلك المبلغ كانت له الولاية التامة على ماله ونفسه، وليس لابيه أو غيره أن يتدخل فى شئونه المالية أو غيرها إلا أن يحجر عليه، فيكون للقاضى أن يقيد تصرفاته ويقيم عليه قيما.

فالولاية الشخصية فى الشريعة الاسلامية حق طبيعي يثبت بمجرد تحقق سببه وهو البلوغ والعقل والرشد ، وليس منحة يمنحها الشخص من الاب، وأين من هذا القانون الرومانى الذى يقدسه علماء القانون فى فرنسا وغيرها فان الابن مهما يبلغ مبلغ الرجال لاينال الولاية على نفسه وماله إلا اذا أعطاه الاب هذه الولاية له من أبيه مادام حيا ، فالحرية الشخصية التى تمثلها ولاية الرجل على نفسه منحة من الاب وليست حقا شرعيا يستمده من قانون الحياة ونظام الفطرة وذلك فى نظر القانون الرومانى.

المساواة فى الاسـرة :

تقوم العلاقات فى الاسرة على المساواة فى الحقوق والواجبات ،وان العلاقة بين الاخ وأخيه تقوم على المساواة ، ليس لاحدهما أن يتحكم فى الاخر، أو ان يسلب الكبير الصغير وان كان الاسلام قد حث على احترام الكبير والرفق بالصغير.

والاولاد متساوون أمام أبيهم ، ولقد قال فى ذلك النبى صلى الله عليه وسلم «سووا بين أولادكم فى العطية ولو اخترت لفضلت النساء على الرجال» وقد قال ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم لرجل كان قد وهب لبعض أولاده ولم يهب للباقى فنهاه النبى عليه الصلاة والسلام عن ذلك بهذا الحديث.

وقد قرر الفقهاء بالاجماع أنه يكره للرجل أو المرأة، أن يعطى أحدهما بعض أولاده دون البعض ، وقد قرر الامام أحمد أن من يهب لبعض أولاده هبة ويترك الاخرين تكون هبته باطلة لما فيها من مخالفة لذلك الحديث النبوى الشريف.

وأن النهى عن المحاباة فى الهبة له مغزاه لان ايثار بعض الاولاد بعطاء دون الباقين يلقى فى قلوب المحرومين بالبغض والعداوة ، فتتقطع أوصال الاسرة وتحمل البغضاء محل المودة وذلك مانراه فى أسر الذين ينحرفون ذلك الانحراف.

المـــودة الواصـــلة :

انها العلاقة الانسانية العليا التى تحكم الاسرة وتحميها من عوامل التفكك والانحلال وقد بيناها فيما سبق من قولنا.

هذه اشارات موجزة إلى احكام الاسرة فى الاسلام ودعائمها . وأن الاسلام لو اتبع على وجهه فى تنظيم الاسرة لأعطى كل ذى حق حقه، ولامتنعت عن كل عوامل التفكك التى تساورها ، وانه اذا أريد تنظيم قوى متين ازاء ما يعتور الاسرة الاسلامية الان بسبب عوامل الانحلال التى تفد الينا محملة بأوزار الغرب وما فى أسره من انحلال. فإنه يجب ألا تتجاوز أحكام الاسلام فى ذلك الامر ، فانه أمر لا يصلح آخره الا بما صلح به أوله ، وان الاسرة الاسلامية كانت أقوى وما زالت بحمد الله أقوى من الاسرة فى الغرب والشرق . فعلينا ألا نترك ماكان سبب قوتنا إلى ما يكون سبب انحلالنا . والله سبحانه قد حد الحدود ورسمها «ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه» اللهم قنا شر أعدائنا وشر أنفسنا انك سميع مجيب الدعاء.

هذا وان موضوع هذا البحث هـــو ولاية التزويج أوالنيابة فى تزويج الصغير ، ولما كان هذا الموضوع يعتبر من موضوعات الأحوال الشخصية التى لها اهميتها الخاصة عندنا فى السودان ، فاننى سأبحث فيه بحثا مقارنا من ناحيتين

الناحية الأولي :

مقارنة بعض المذاهب الأسلاميـــة بعضها مع بعض وفى هـــذه الناحية سنرى أن المذهب المالكى أنسب المذاهب الاسلامية للعمل به فى السودان.

الناحية الثانية :

مقارنة المعمول به في جمهورية السودان بالمعمول به في الجمهورية العربية المتحدة وسنرى فى هذه الناحية أن ما عليه العمل فى السودان يحتاج ليلائم ما فيه مجتمعنا اليوم إلى بعض التعديلات.

هذا وسوف اراعى فى هذا البحث الامور الآتية:

١ — أخذ ما اراه مهما للبحث من المراجع الكثيرة فى الفقه الاسلامى للفقهاء القدامى والمحدثين.

٢ — سيكون همى أن أصل إلى نتيجة من البحث فى حدود ما يتهيأ لى من الاسباب.

تقسيم البحث:

مقدمة وتمهيد (وقد تقدما)

الباب الأول : فى الولاية فى المذاهب الأسلامية .

الفصل الاول: تعريف الولاية بوجه عام.

ولاية الاجبار وتعريفها — ولاية الاختيار وتعريفها — وأسبابهما بوجه عام وشروط الولى فى الفقه الاسلامى.

المبحث الاول —١— من تثبت له ولاية الاجبار
—٢— من تثبت عليه ولاية الاجبار

المبحث الثاني —١— من تثبت له ولاية الاختيار او الاستحباب
—٢— من تثبت عليه ولاية الاجبار او الاستحباب

المبحث الثالث —١— الوكاله فى الزواج فى المذاهب الاسلامية

المبحث الرابع —١— ما يسلب الولاية بوجه عام

المبحث الخامس —١— احكام تزويج الصغيرة وما اختلفوا فيه منها
—٢— احكام تزويج الكبيرة وما اختلفوا فيه منها

المبحث السادس —١— زواج القاصر فى التشريع المسيحي.
—٢— زواج القاصر فى بعض القوانين الغربية

(أ) هل تعقد المرأة لنفسها أو لغيرها.

(ب) من تثبت له ولاية الاجبار ، فى الفقه الاسلامى وفى الشريعة المسيحية.

(ج) هل للوصى ولاية ؟

(د) هل تحدد سن للزواج فى الشريعة الاسلامية وفى التشريع المسيحى.

الفصل الثالث :

١ ـ ما عليه العمل في جمهورية السودان.

٢ ـ ما عليه العمل فى الجمهورية العربية المتحدة.

الفصل الرابع :

ملاحظات عامة في التشريعين السوداني والمصرى

نتيجة البحث ـ مقترحات

خاتمة البحث.

الباب الاول

الولايــه في المذاهب الاســلامية

الفصــل الاول : تعريف الولاية بوجه عام

مقدمــة :

قبل أن يستكمل الانسان أهليته(١) للأداء كلها يسمى فى اصطلاح الفقهاء قاصرا.

---

(١) يراجع كتاب أصول الفقه للاستاذ الشيخ محمد زكريا البرديسى طبعة سنة ١٩٦١ جاء فى ص ١٣٥ فما بعدها ما يأتى :

وأهلية الانسان .... فى لسان الشرع عبارة عن صلاحية الانسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه....

والأهلية نوعان:

النوع الأول – أهلية الوجوب.

النوع الثانى – أهلية الأداء

أهلية الوجوب: صلاحية الانسان لأن يكون له حقوق وعليه واجبات وأساس ثبوت هذه الاهلية الحياة.....

أهلية الأداء: صلاحية المكلف لأن تعتبر أقواله وأفعاله شرعا بحيث اذا صدر منه عقد أو تصرف ترتب عليه حكمه. .... وأساس ثبوت هذه الأهلية التميز لا الحياة...

أنواع أهلية الوجوب: لأهلية الوجوب نوعان أهلية وجوب ناقصة وأهلية وجوب كاملة

فأما أهلية الوجوب الناقصة: فهى التى تثبت للانسان وهو جنين فى بطن أمه...

وأما أهلية الوجوب الكاملة: فهى التى تثبت للانسان منذ ولادته فالانسان حين يولد يصلح لاكتساب الحقوق وحمل الواجبات اما أصالة واما نيابة.....

أنواع أهلية الأداء: نوعان أهلية أداء قاصرة وأهلية أداء كاملة.

أهلية الأداء القاصرة: هى التى تثبت للانسان من مناهزته السابعة من عمره حتى البلوغ اذ هذه المدة يكون الانسان فيها ناقص العقل...

سواء أكان فاقدا هذه الأهلية كلها كالصغير غير المميز أم كان ناقصها كما فى المرحلة بين سن التمييز والبلوغ اوالرشد.

والقاصر يحتاج إلى ما يقيم حياته ويحسن أحواله لضعفه الجسمى وعجزه العقلى ويحتاج إلى من يتولى تدبير شئونه الشخصية والمالية ، لذلك نجد الفقهاء فى الشريعة الاسلامية اهتموا بدراسة أحكام الولاية بوجه عام وأعطوا ولاية تزويج الصغير عناية خاصة لما لها من الارتباط الوثيق بنظام الأسرة ورعاية مصالحها .

تعـــريف الولايـــه :

الولاية – بفتح الواو وكسرها – في اللغة مصدر ولى بمعنى ملك الأمر وقام به ، ومن معانيها السلطة ، والنصرة.

الولاية – فى اصطلاح الفقهاء – هى سلطة شرعيـــة تقتضى أن ينفـــذ الانسان بها قوله رضى غيره ام أبى(١).

وهذا التعريف يبين لنا حكم الولاية ويعرفنا بأن أثرها ينفذ بدون توقف على رضا المولى عليه . ويمكننا أن نشرحه بتوضيح حقيقة الولاية فنقول:

ان الولاية هى أن يقوم انسان راشد على قاصر (أو من في حكمه مـــن ناقصى الأهلية أو فاقديها) بتدبير شئونه الشخصية أو المالية أو هما معـــا.

يتبع : أهلية الأداء الكاملة : وهى التى تثبت للانسان منـــذ ظهور علامة من عـــلامات البلوغ المعروفة أو منذ تمام الخامسة عشر عند أكثر الفقهاء فمنذ بلوغ الانسان تثبت له أهلية أداء كاملة فيصح من البالغ العاقل جميع العقود والتصرفات الشرعية وتترتب عليها آثارهـــا وكما يصح منه ذلك يؤاخذ بأعماله الضارة منه مؤاخذة كاملة....

عوارض الأهلية : عوارض الأهلية هى الأمور التى تطرأ على الانسان بعد كمال أهلية الأداء فتؤثر فيها بالازالة كالجنون أو النقصان كالعتة أو تؤثر فيها بتغير بعض الأحكام بالنسبة لمن عرضت له من غير تأثير فى أهليته كالسفه والغفلة والدين....

---

(١) يراجع كتاب النيابة عن الغير فى التصرف للاستاذ الشيخ على الخفيف ص ٧.

وهذا الانسان الراشد تثبت له الولاية بطريق الايصاء كالوصى وبطريق الاقامة كالقيم على السفيه وبطريق الوكالة كالوكيل إلا أننا فى بحثنا سوف لا نتعرض إلا للولاية على النفس التى تثبت غالبا للقريب على قريبه.

وهذه الولاية التى هى على النفس تتناول بمعناها العام ضروبا (١) من القيام على نفس المولى عليه كولاية الحضانة وهى ولاية ضم الصغير فى سن معينة والقيام على شئونه فيها من تربية وتأديب وولاية ضمه بعد هذه السن والقيام على تعليمه وتهذيبه وتوجيهه والولاية على تزويجه وهذا النوع الاخير وهو الولاية على تزويجه هو الذى ينحصر بحثنا فيه.

فالولاية على تزويج المولى عليه تنقسم إلى نوعين :

النوع الاول : الولايه الإجباريه

وهى التى يثبت فيها للولى حق تزويج موليه جبرا عنه بدون استئذانه كولاية الأب على إبنته البكر الصغيرة.

النوع الثانى : الولاية الاختيارية

وهى التى يثبت معها للولى حق تزويج موليه مع رضاه واستشارته فيه دون أن يكون له حق اجباره كولاية الأخ على أخته البالغة العاقلة. (٢)

فالولاية على النفس فى التزويج التى يتعلق موضوعنا بدراسة الأحكام الخاصة بها يتولاها غالبا الأقرب فالأقرب من أقارب القاصر من العصبات (٣) بأنفسهم على ترتيب الارث والحجب فمن كان مقدما على غيره فى الارث فى الغالب مقدم عليه فى الولاية حسبما سنوضح فيما بعد.

---

(١) يراجع كتاب النيابة عن الغير فى التصرف لاستاذنا الشيخ على الخفيف ص ٩.

(٢) هذا خلافا للحنفية فانهم يقسمون الولاية إلى قسمين ولاية اجبار كولاية العصبات على البنت الصغيرة ثيبا كانت أو بكرا وولاية استحباب كولاية العصبات على البالغة العاقلة لأن من حقها أن تستبد بتزويج نفسها من تختار وسيأتى بيان ذلك.

(٣) العصبة بنفسه فى نظام الارث هو كل قريب ذكر ليس فى سلسلة نسبه انثى كالابن والعم.

هذا، والولى فى أغلب المذاهب الاسلامية يتوقف عليه صحة العقد.

اسباب الولايــه (١)

اسباب الولايه عند المالكية :

ان اسباب الولاية عندهم بالترتيب كالآتى:

١ ــ السبب الأول ــ الملك (٢)

الولاية الناشئة عن الملك هى ولاية السيد على رقيقه وهى لم تعد سببا فى واقع حياتنا العملية اليوم لهذا سنترك التوسع فى بحثها ومثلها الولاية الناشئــة عن العتق وهى التى تثبت للمعتق على من أعتقه ومثلها الناشئة عــن الموالاة أيضا (٣).

فالملك عند المالكية سبب لولاية الاجبار فالمالك عندهم ذكرا كان أو أنثى له حق الولاية على أمته وعبده إلا أن المالك اذا كان أنثى وكلت من يعقد نيابة عنها لأن النكاح عندهم لاينعقد إلا بالذكور.

٢ ــ السبب الثانى ــ الأبوة

الابوة سبب عند المالكية فى المرتبة الثانية بعد الملك وهى سبب يخول

---

(١) السبب فى اصطلاح علماء الأصول هو كل وصف ظاهر منضبط دل الدليل السمعى على كونه معرفا لحكم شرعى،وهذا التعريف يشمل الوصف الذى بينه وبين الحكم مناسبــة ظاهرة والذى ليس بينه وبين الحكم مناسبة ظاهره. فأسباب الولاية المذكورة فى بحثنا جعلها الشارع أسبابا لها لأنها منضبطة وبينها وبين الحكم مناسبة ظاهرة.
يراجع كتاب أصول الفقه للشيخ البرديسى ص ١٠١ فما بعدها.

(٢) للمالك عند المالكية اجبار رقيقه الصغير و الكبير على النكاح ثيبا كانت الانثى أو بكرا مالم يقصد السيد الاضرار بهما فلا يجوز كأن يزوجها من ذى عاهة أو مجنوم أو أبرص وما لم يكن مبعضا أو مدبرا أو مكاتبا.

(٣) الولاية المترتبة على ولاء الموالاة غير موجودة الآن، ولاء الموالاة يثبت بالتعاقد بين اعجمى حر وآخر يتعاقد معه على أن يرثه الآخر اذا مات ويعقل عنه اذا جنى ويجىء مولى الموالاة فى الارث بعد ذوى الارحام.

للأب اجبار ابنته البكر ما لم يرشدها أبوها على غير المشهور أو تقيم فى منزل الزوجية سنة وتنكر أن زوجها مسها وله اجبار ابنته الثيب ان صغرت لأنها فى حكم البكر لبقاء الجهل بالمصالح وله اجبار ابنتـــه المجنونة أيضا ؛ ولو كانت بالغة أو ثيباً.

والعلة فى تقديم سبب الملك على سبب الابوة هى أن تصرف صاحب الملك أقوى فى مملوكه من تصرف الأب فى إبنته ولأن المملوك مال ولصاحب الملك أن يصلح ماله بأى وجه شاء (١).

٣ ــ السبب الثالث ــ الايصاء.

هو سبب يخول للوصى جبر الموصى عليها عند المالكية بشروط هى:

(١) أن يأمره الاب أمرا صريحا أو تضمنا بجبرها. أو يعين له الزوج أما اذا أوصاه فقط من غير تعيين، فإن اللخمى يقول بأن له حق جبرها خلافا لعبد الوهاب الذى لا يرى ذلك.

(٢) أن تكون الموصى عليها ممـــن للأب حـــق جبرها كالبكر ولو عانسا (٢) على المشهور.

(٣) وأن يبذل الزوج مهر مثلها ولا يكون فاسقا.

فاذا لم تتوفر هذه الشروط فخلاف والراجح عندهم الجبر (٣).

---

(١) يراجع الخرشى جـ ٣ ص ١٧٦

(٢) العانس عند المالكية هى من بلغت الثلاثين أو الثلاث والثلاثين أو الاربعين أو الخمس والاربعين أو الخمسين على خلاف بينهم وعلى أى حال هى من طالت اقامتها عند أهلها ولم تتزوج وقد عرفت مصالح نفسها.

(٣) جاء فى محشى الشرح الكبير للدردير ص ٢٢٤ « الحق كما قال شيخنا العدوى أن الراجح الجبر ان ذكر البضع أو النكاح أو التزويج بأن قال له الأب أنت وصى على بناتى أو على نكاح بناتى أو على تزويجهن أو وصى على بنتى تزوجها ممن أحببت وان لم يذكر شىء من الثلاثة فالراجح عدم الجبر كما اذا قال وصى على بناتى أو على بنتى فلانة واما اذا قال وصى فقط أو على مالى أو على بيع تركتى أو قبض دينى فلا جبر اتفاقا.

٤ – السبب الرابع – الامامة:

الامامة (وما تفرع منها كولاية الحكام المحليين أو من فوض اليهم كالقضاة) سبب من اسباب الولاية لان الشارع جعل الامام كفيلا بتحقيق أغراض الرعية وحفظ مصالحها، وجعله نائبا عن المسلمين فى القيام بأمورهم العامة واضطلاعه بها وحملهم على الجادة وتوجيههم إلى ما فيه صلاحهم. فله عند المالكية الحق فى جبر المجنونة ولو ثيبا بالغة، إذا لم يكن هناك أب. وما لم تكن ممن ينتظر افاقتها. فان كانت ممن ينتظر افاقتها انتظرت لتأذن اذا كانت ثيبا بالغة، كما له أن يزوج إبنته الغائب المجبرة دون غيره من الأولياء فى غيبته البعيدة إذا لم يرج قدومه بسرعة ولو لم يستوطن ولو دامت نفقتها ولم يخف عليها ضيعة واذنت واذنها صماتها مالم يخف فسادها فان له أن يزوجها ولو جبرا على المعتمد فى المذهب(١).

هذه الأسباب الأربعة هى الأسباب عند المالكية التى تخول لاصحابها جبر المولى عليها، اذا توفرت الشروط اللازمة لها. وأما أسباب الولاية الاختيارية عندهم فهى أيضا الملك والقرابة النسبية، وهى الآتية من من جهة القرابة، والقرابة الحكمية وهى الآتية من العتق والكفالة، وهى سبب فى الولاية لمن قام بأمور بنت مات أبوها وغاب أهلها حتى بلغت عنده، سواء كان مستحقا لحضانتها شرعا أوكان أجنبيا فله أن يزوجها باذنها (٢). ثم ولاية الحكم وتكون سببا للسلطان أو القاضى أن يثبت لديه خلوها من الأزواج وأنه لاولى لها أو عضلها أو غاب عنها وليها غيبة بعيدة ورضيت

---

(١) يراجع الشرح الكبير للدردير جـ ٢ ص ٢٢٩

(٢) يراجع الشرح الكبير للدردير جـ ٢ ص ٢٢٥ جـاء فيه وأن كفل المرأة عشرا من الاعوام أو أربعا أو أن كفل ما (أى زمنا) يشفق فيه بأن يحصل فيه الشفقة بالفعل عليها (تردد) أظهره الأخير (وظاهرها) أى المدونة (شرط الدناءة) المرأة المكفولة بأن يكون لا قدر لها فلا يزوجها الا الحاكم والكافل حينئذ من جملة عامة المسلمين والمعتمد ظاهرها ».
ويراجع الخرشى جـ ٣ ص ١٧٦

بالزوج وانه كفؤها فى الدين والحرية والحال والمهر عند غير المالكية،ثم ولاية عامة المسلمين إذا لم يوجد من ذكروا زوجها أى فرد من المسلمين باذنها حيث علم خلوها من موانع النكاح لقوله تعالى « والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض» ومتى قام بها واحد من المسلمين سقطت عن الباقين.

أسباب الولايه عند الحنفية :

الحنفية يذهبون إلى أن الولاية قسمان،ولاية استحباب وتكون على البالغة العاقلة بكرا كانت أو ثيبا وجعلوا من حقها أن تستبد بتزويج نفسها ممن تختار اذا كان الزوج كفأ والمهر مهر مثلها ولا يجبرها الولى وانما يستحب لها أن يتولى عقدها نيابة عنها ؛ وولاية اجبار وتثبت على الصغير مطلقا فلوليها أن يستبد بتزويجها.

وتثبت هذه الولاية بواحد من الاسباب الآتية على الترتيب:

(١) الملك ولم يعد سببا قائما فى واقع حياتنا اليوم.

(٢) القرابة النسبية وتكون سببا للعاصب بنفسه على تر تيب الارث والحجب.

(٣) القرابة الحكمية كقرابة المعتق للمعتق.

(٤) الامامة وهى ولاية الحاكم (١).

أسباب الولايه عند الشافعية :

والولاية قسمان كما هى عند المالكيـة ولاية اجبار وولاية اختيار وأسبابهما تتلخص فى القرابة النسبية،وهذا السبب لا يكون الولى معه مجبرا الا أن يكون أبا أو جـدا ، وأما ولاية الاختيار فإنها عندهم لسائر العصبات كالارث ثم يأتى فى الترتيب بعد القرابة النسبية الحكمية للمعتق وعصبته ثم

---

(١) يراجع البدائع للكاسانى جـ ٣ ص ٢٤١ وزيد الابيانى فى كتابه الاحوال الشخصية جـ ١ ص ٥٩. ويراجع فتح القدير جـ ٢ ص ٣٩١.

السلطان كالقاضي والمتولى لعقود الانكحة (١).

أسباب الولايه عند الحنابلة:

الحنابلة فى تقسيم الولاية كالشافعية والمالكية وترتيب أسبابها كالآتى:

(١) القرابة النسبية وتكون سببا لولاية الاجبار فى الاب فقط، وأما في حال الاختيار فهى للعصبات من الأقارب ولا تكون لغيرهم كالاخ من الأم والخال وعم الأم على الراجح عندهم، وفى رواية لاحمد أن كل من يرث بفرض أو تعصيب له حق الولاية لانه من أهل ميراثها.

(٢) ثم القرابة الحكمية وتكون للمولى المنعم ثم أقرب عصبته.

(٣) ثم الامامة وتكون للسلطان عند عدم أوليائها أو عضلهم لقوله صلى الله عليه وسلم (السلطان ولى من لاولى له) والسلطان هو الامام أو الحاكم أو من يوصي اليه.

ومثل الحاكم فى هذا الحق كل من استولى من أهل البغى وكان له سلطان.

(٤) فإن لم يوجد للمرأة ولى ولا ذو سلطان يزوجها رجل عدل باذنها (٢) من عامة المسلمين.

شروط الولايه في الفقه الاسلامى

شروط الولايه فى المذهب الحنفى (٣):

اتفق أئمة الحنفية على أن شروط (٤) الولاية هي:

---

(١) نهاية المحتاج جـ ٦ ص ٢٦

(٢) المغنى جـ ٦ ص ٤٦٠ فما بعدها.

(٣) يراجع فتح القدير جـ ٢ ص ٣٩١ طبعة ١٣٤٥ هـ.

(٤) الشرط هو ما يتوقف وجود الحكم على وجوده وجودا شرعيا بأن يوجد الحكم عنده لا به ويكون خارجا عن الماهية ويلزم من عدمه عدم الحكم وعليه فان كل شرط لشيء لا يتحقق ذلك الشيء ولا يعتد به إلا اذا تحقق الشرط وان لم يكن جزءا من حقيقة ذلك الشيء.

١ ــ العقل ــ فهو شرط في انعقاد النكاح، فالنكاح لا ينعقد بالمجنون أو الصبي الذي لا يعقل.

٢ ــ البلوغ ــ فالعقد لايكون نافذا إلا بالبلوغ فالصبي الذي لا يعقل اذا عقد صح عقده الا أنه لا ينفذ إلا باجازة وليه.

٣ ــ الحرية ــ أيضا هي شرط لنفاذ العقد لان العبد ينعقد عقده إلا أنه لا ينفذ إلا باجازة السيد لان هذه الولاية نظرية ولا نظر للعبد لعجزه عن تحصيل الكفء لاشتغاله بخدمة مولاه.

٤ ــ واتحاد الدين بالنسبة لزواج المسلمة وعليه فلا ولاية لذمي على مسلم ولا العكس.

٥ ــ أن يكون أهلا للارث.

ولم يشترط الحنفية العدالة بمعنى استقامة الولى وأجازوا ولاية الفاسق ولا الذكورة لأن أبا حنيفة جعل الولاية للأنثى في بعض الأحوال.

شروط الولايه في المذهب المالكي :

اتفق المالكية على أن شروط الولاية هي:

١ ــ الذكورة : لأن الانثى لاتلي امر نفسها عندهم .

٢ ــ البلوغ : لأن الصغير لانظر له صائب ولاتجارب له كثيره .

٣ ــ العقل : لأن المجنون لاولاية له على نفسه ومثله المجنون والمعتوه .

٤ ــ الحرية : لأنه مشغول بخدمة سيده فلاتتحقق له التجربة والخبرة .

٥ ــ الاسلام : لقوله تعالى « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ».

٦ ــ الرشد : اختلفوا فيه ولكن المشهور عند أكثرهم أنه ليس بشرط(١)

---

(١) يراجع كتاب الشيخ معوض مصطفى سرحان في الأحوال الشخصية أول باب الولاية.

وقد قال بعض المالكية والعدالة ليست بشرط فى صحة الولاية وانما هى شرط فى كمالها (١).

شروط الولايه فى المذهب الشافعى :

اتفق الشافعية على أن شروط الولاية هى:

١ ـ الحرية فلا تصح الولاية من رقيق.

٢ ـ الذكورة المحققة فلا تصح الولاية من انثى ولا خنثى.

٣ ـ العدالة ومن لوازمها الاسلام والتكليف ومن لوازم التكليف البلوغ والعقل فلا تصح الولاية من صبى ولا مجنون لعدم ولايتهما عندهم.

٤ ـ اختلفوا فى وجوب أن يتمتع الـولى بالسماع حقيقـة وبالابصار أى المشاهدة فعلى وجوبهما يخرج من الولاية عندهم من فقدهما كالاصم والأعمى(٢) .

٥ ـ أن لا يكون محجورا عليه لسفهه.

٦ ـ أن لا يكون مخالفا فى الدين.

شروط الولايه عند الحنابلة (٣):

يشترط عندهم فى الولاية ما يأتى:

١ ـ أن يكون الولى ذكرا ؛ لأن الانثى عندهم لاتلى أمر نفسها .

٢ ـ أن يكون الولى بالغا فلا يصح من صغير لقصر أمره عن تدبير شئون غيره

---

(١) الذى يظهر لى أن العدالة عند المالكية شرط فى كمال المسبب أى العقد لا شرط فى كمال السبب وهو الولاية لأن الولاية بدون العدالة عندهم صحيحة إلا أن أثرها وهو العقد يكون أقوى فى ترتب آثاره عليه كلما أمكن أن يكون الولى عدلا.

(٢) يراجع كتاب نهاية المحتاج جـ ٦ ص ٣١٣ طبعة سنة ١٣٥٧ هـ.

(٣) يراجع كتاب غاية المنتهى فى الجمع بين الاقناع والمنتهى للشيخ مرعى بن يوسف الحنبلى جـ ٣ فصل الولاية. والمغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٤٤٨ فما بعدها.

٣ – أن يكون الولى حرا فلا تصح الولاية من رقيق لأنه لاولاية له على نفسه إلا أن يكون مكاتبا فله أن يزوج أمته.

٤ – اتفاق الدين إلا لسلطان فان له الولاية بصرف النظر عن اختلاف الدين.

٥ – أن يكون عاقلا لأن من لا عقل له لا يمكنه النظر فى شئون نفسه فكيف يصلح لأن يتولى شئون غيره.

٦ – الرشد (١) بأن يكون ذا خبرة بمعرفة الكفء الصالح لموليته وحسن النظر فى مصالح الزواج فالمحجور عليه لحفظ ماله لسفهه لاولاية له عندهم لأنه اذا كان لا يزوج نفسه فمن باب أولى لا يزوج غيره.

« استظهار »

يظهر لى من هذه الشروط المتقدم ذكرها فى المذاهب الأربعة أن الشافعية والمالكية والحنابلة اتفقوا على أن الولاية فى النكاح يشترط لها الذكورة ولا تصح من انثى خلافا للحنفية الذين يرون ان لها الولاية فى بعض الأحوال التى سيأتى ذكرها. وقد قال المالكية أن المرأة تتصف بالولاية اذا كانت وصية أو مالكة أو معتقة وهنالك قول لبعضهم أن الكافلة تكون ولية أيضا إلا أنها لا تباشر العقد بنفسها وانما توكل رجلا يباشر العقد نيابة عنها.

واختلف الفقهاء فى اشتراط العدالة فلم يشترطها الحنفيــة واشترطها الشافعية والحنابلة فى غير السلطان وعماله وأكثر المالكية قالوا بانها ليست بشرط.

---

(١) جاء فى ص ١٠ من كتاب النيابة عن الغير فى التصرف لأستاذنا الشيخ الخفيف ما يأتى:
« يرى بعض الشيعة اشتراطها (أى العدالة) فى الحاكم والوصى لا فى الاب والجد فلا يسلبهما الفسق من ولا يتهما شيئا ومنهم من اشترطها كذلك فيها أيضا ويستند مشترطها إلى ما روى عنه صلى الله عليه وسلم (لا نكاح إلا بشاهدى عدل وولى مرشد) والرشد الاستقامة على طريق الحق ومن ذلك العدالة.

المبحث الأول فى : من تثبت له ولايه الاجبار ومن تثبة عليه.

«١» من تثبت له ولاية الاجبار(١) عند المالكية(٢) :

تثبت ولاية الاجبار لمن يأتى «على الترتيب»

١ – للمالك الحر ولو أنثى جبر أمته أو عبده إلا أن الانثى توكل غيرها من الذكور ليتولى العقد نيابة عنها بشرط أن لا يقصد الاضرار بهما كأن يعقد لهما من ذى عاهة فان فعل كان لهما الفسخ ولو طال ويشترط أن لا يكون المملوك مبعضا وقد اختار اللخمى من علماء المالكية عدم جبر أنثى بشائبة من حرية كأم الولد الا أن الراجح عندهم كراهته ويمضى العقد ان جبرها المالك.

٢ – الأب الرشيد اما السفيه ففيه نظر قالوا ان كان له رأى ودين جبر بنته اما اذا كان ناقص التمييز فوليه يقوم مقامه فى جبر ابنته.

قال المالكية للأب الرشيد جبر ابنته ولو لزوج أعمى أو أقل حالا منها أو مالا أو قبيح منظر أو بأقل من مهر مثلها(٣)

٣ – الوصى (٤) له الجبر كالأب وان نزل كوصى الوصى بشرط أن يأمره أبوها بالجبر ولو ضمنا كأن يقول له زوجها قبل البلوغ أو بعده أو يعين له الزوج ويبذل الزوج مهر المثل ولم يكن فاسقا فان لم يأمره أو يعين له الزوج فقد اختلف المالكية الا ان الراجح عندهم الجبر اذا ذكر

(١) الولى المجبر هو من له حق تزويج موليته وان لم ترض بالزوج أو المهر ولم تأذن له.

(٢) يراجع الشرح الكبير للدردير جـ ٢ ص ٢٢١ فما بعدها. والخرشى جـ ٣ ص ١٧٤ طبعة ١٣١٧ هـ.

(٣) جاء فى المحلى لابن حزم جـ ٩ المسألة نمرة ١٨٢٣ ما يأتى : (ولا يجوز للأب ولا لغيره انكاح الصغير الذكر حتى يبلغ فان فعل فهو مفسوخ أبدا وأجازه قوم ولا حجة لهم الا قياسه على الصغيرة)

(٤) يراجع المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٤٦٣ جاء فيه: «ولا اذن للوصى فى انكاح أصلا لا لرجل ولا لامرأة صغيرين كانا أو كبيرين»

فى الوصية البضع أو النكاح أو التزويج كأن يقول له انت وصى على بضع بناتى.

٤ ـ الحاكم ـ للحاكم جبر المجنونة البالغة.

من تثبت له ولاية الاجبار عند الحنفية :

تثبت ولاية الاجبار عند الحنفيـــة للعاصب بنفسه عـــلى ترتيب الارث والحجب،والعصبة تنقسم إلى عصبة نسبية وهى التى تأتى من جهة القرابة. وإلى عصبة سببية وهى التى تأتى من جهة العتق،والعصبة النسبية تنقسم إلى عصبة بالنفس، وإلى عصبة بالغير، وإلى عصبة مع الغير.

وبحثنا يتعلق بالعصبة بالنفس وهى تنحصر فيما يأتى بالترتيب:

١ ـ الابن وابن الابن وان نزل.

٢ ـ الأب والجد الصحيح وهو أب الأب وان علا.

٣ ـ الأخ الشقيق والأخ لأب وابن الأخ الشقيق وابن الأخ لأب وان نزل كل منهما.

٤ ـ العم الشقيق والعم لأب وابن العم وابن العم لأب وان نزل كل منهما.

ان وجد واحد من هؤلاء ثبتت له ولاية الاجبار أما اذا كان هناك مزاحم له فان جهة البنوة تكون مقدمة على جهة الابوة والاخوة مقدمة على العمومة فالجهة مقدمة. فان وجد شخصان من جهة واحدة قدم الأقرب درجة منهما. فان وجد شخصان من جهة واحدة ودرجة واحدة قدم من كان أقوى درجة كالأخ الشقيق على الأخ لأب.

هذا . ويرى محمد من أئمة الحنفية أن الأب يقدم على الابن خلافا لأبى حنيفة وابى يوسف فانهما يقـــدمان الابن، لأن هذه الولاية مبنية عـــلى العصوبة. والأحسن أن يأمر الابن الأب بعقد النكاح حين يتقرر بلا خلاف، لأن الابن أقوى فى العصوبة والأب أزيد فى الشفقة فيجتمعان .

فان لم يوجد أحد من العصبة النسبية انتقلت الولاية إلى العصبة السببية وهى الآتية من ولاء العتاقة فتثبت للمعتق ولو أنثى ثم لبنوته ثم لابوته ثم لأخوته ثم لعمومته على الترتيب.

فان لم توجد عصبة نسبية انتقلت عند ابــى حنيفة إلى الأصول غـــير العصبات ماعدا أبا الأم مع ملاحظة الدرجة والقوة، فتقدم الأم على أم الأم وأم الأب لقربها وتقدم أم الأب على أم الأم لقوتها الخ. خلافا لابى يوسف ومحمد فانهما قالا لاولاية لغير العصبات لقوله صلى الله عليه وسلم(الانكاح إلى العصبات) ويعنى الحديث بأن جنس الانكاح مفوض إلى جنس العصبات دون غيرهم إلا أن الولاية تثبت صونا للقرابة عن نسبة من لا يكافئهم وذلك يحسن من العصبة لانهم يعيرون بعدم الكفاءة فيكون ذلك باعثا لهم. واستدل أبو حنيفة بأن ثبوت الولاية للنظر إلى المولى عليه، والنظر يحصل بالشفقة الباعثة اليه وهى موجودة فى الام وغيرها من الإقارب الا أن أقارب الأب يقدمون للعصوبة ورأى الامام هو الراجح فى المذهب.

فان عدمت جميع الأقارب من العصبات وغيرهم فان الولاية تنتقل لمولى الموالاة ان وجد ومولى الموالاة هو من أسلم أبوالمولى عليه على يده ووالاه، بان قال له أنت مولاى ترثنى اذا مت وتعقل عنى اذا جنيت.

فان لم يوجد انتقلت الــولاية إلى السلطان لقوله صلى الله عليــه وسلم « السلطان ولى من لاولى له ،» أو من ينوب عنه كالقاضى أو من ينيبه القاضى الذى كتب له فيه منشوره بتلك الولاية.

من تثبت له ولاية الاجبار عند الحنابلة :

ان ولاية الاجبار عنــد الحنابلة لا تثبت لغير الأب فى البكــر الحرة الصغيرة بلا خــلاف ، قال إبن المنذر أجمع كل من نحفظ عنــه من أهـــل العلم أن نكاح الأب لابنته البكـــر الصغيرة جائز اذا زوجها مـــن كفء وله تزويجها مع كراهيتها وامتناعها لقوله تعالى « واللائى يئسن من

المحيض من نسائكم ان ارتبم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن» ولا تكون عدة الثلاثة أشهر لمن لم يحضن الا من الطلاق من النكاح أو الفسخ. فدل ذلك على أنها تزوج وتطلق ولا اذن لهـا وقالت عائشة رضى الله عنها « تزوجنى النبى صلى الله عليه وسلم وانا ابنة ست وبنى بى وأنا ابنة تسع» متفق عليه. ومعلوم أنها لم تكن فى تلك الحال ممن يعتبر اذنها. وجاز للحاكم عندهم الجبر عند الحاجة.

وأما فى الكبيرة البالغة البكر فلاحمد روايتان:

الرواية الأولى:

للأب اجبارها على النكاح وله أن يزوجها بغير اذنها كالصغيرة وهذا مذهب مالك ومذهب ابن أبى ليلى ومذهب الشافعى،ووجه هذه الرواية قوله صلى الله عليه وسلم«الايم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن واذنها صماتها»

والرواية الاخرى:

ليس للأب اجبارها واختار هذه الرواية أبو بكر وهى مذهب الاوزاعى وأبى ثور والثورى واصحاب الرأى. ووجه هذه الرواية:

أن جارية أتت النبى صلى الله عليه وسلم فذكرت أن أباها زوجها وهى كارهة فخيرها النبى صلى الله عليه وسلم لانها جائزة التصرف فى مالها فلم يجز اجبارها كالثيب. (١)

من تثبت له ولاية الاجبار عند الشافعية :

تثبت ولاية الاجبار عند الشافعية للأب والجد فقط لما روى إبن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر يستأمرها أبوها فى نفسها» فهذا الحديث الذى روى عن النبى صلى الله عليه وسلم يدل على أن الولاية أحق بالبكر وان كانت بالغة لان البكر تستحى

---

(١) يراجع المغنى لابن قدامة جزء ٦ ص ٤٨٧ فما بعدها.

أن تأذن لابيها بالنطق فجعل صماتها اذنا ولا يجوز لغير الأب والجد تزويجها الا أن تبلغ وتأذن.

من تثبت له ولاية الاجبار عند الشيعة :

تثبت ولاية الاجبار للأب والجد في الابكار صغارا وكبارا، جاء في كتبهم(١):

«أما الابكار فان كانت كبيرة فالظاهر في الروايات أن للأب والجد أن يجبرها على النكاح ويستحب له أن يستأذنها ومن اصحابنا من قال ليس له اجبارها على النكاح ولست أعرف به نصا والمعتمد الاول».

الخــلاصة

هذا. ونلخص ما اختلفت فيه المذاهب في الموضوع فيما يأتي:

ان ولاية الاجبار تثبت للأب باجماع الفقهاء وهو أولى الأولياء عند الجمهور ومنهم المالكية والحنفية،ويقدم عند اكثرهم على غيره من جد وخلافه،وان كان الشيعة يرون أن الأب والجد في مرتبة واحدة ويقدمون الجد اذا صدر العقد منهما في وقت واحد وحجتهم في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم (ليس منا من لم يوقر الكبير).

هذا والحنفية يرون أن لاولى الا المجبر الذى له أن ينفذ قوله على غيره سواء رضي أو لم يرض ويختص باجبار الصغير والصغيرة مطلقا والمجنون والمجنونة اذا كانا كبيرين وقد سبق أن ذكرنا من له حق الاجبار عندهم.

أما المالكيه فقد قالوا بأن الولى المجبر هو الأب لا الجد، ووصى الأب بعد موته بشرط أن يقول له أنت وصيي على زواج بناتي، أو أنت وصيي على تزويج بنتي، أو أنت وصيي على أن تزوج بنتي ممن أحببت، أو أنت وصيي على أن تزوجها من فلان ، ففي هذه الحالة يكون للوصي حق الاجبار كالأب ولكن لا من كل وجه بل يشترط أن يزوجها بمهر المثل لرجل غير

---

(١) يراجع كتاب مختلف الشيعة جزء ٢ ص ٨٧ طبعة سنة ١٣٢٣هـ.

فاسق أو يزوجها لمن عينه له الأب بخصوصه ، أما اذا قال له: أنت وصيى على بناتى أو بنتى ولم يذكر التزويج ففيه خلاف، والراجح انه لا يكون بذلك وليا مجبرا. فاذا قال له: أنت وصيى فقط ولم يذكر بنته، أو قال له: أنت وصيى على مالى أو بيع تركتى فانه لا يكون مجبرا باتفاق .

والمالك فان له الحق في جبر أمائه باتفاق بينهم واما الشافعية فولاية الاجبار للأب عندهم وللجد وان علا وللسيد على أمته.

والحنابلة يجعلون ولاية الاجبار للأب ووصى الأب بعد موته والحاكم عند الحاجة (١).

حكم الفقه اذا انعدم الولي المجبر :

اتفق المالكية والشافعية والحنابلة على أن الولى المجبر اذا لم يكن موجودا لا يجوز للولى غير المجبر زواج المجبرة بحال من الأحوال اذا قل عمرها عن تسع سنين واختلفوا بعد ذلك فقال المالكية ان بلغت عشر سنين وخيف عليها الفساد ان لم تتزوج فللولى أن يزوجها باذنها. وهل لابد من رضاها صراحة أو يكفى صمتها ، قولان أرجحهما أنه يكفى صمتها ويجب على الولى غير المجبر مشاورة القاضى.

هذا ، ورجح بعض المالكية انه اذا خيف عليها فلا يشترط أن تبلغ عشر سنين بل تزوج جبرا عنها وان لم ترض كما تقدم.

وقال الشافعية لا يصح للولى غير المجبر أن يزوج المجبرة التى لم تبلغ

---

(١) يراجع المحل لابن حزم جـ ٩ ص ٤٥٨ طبعة سنة ١٣٥١ هـ جاء فيه ما يأتى :
(للأب أن يزوج ابنته الصغيرة البكر ما لم تبلغ بغير اذنها ولا خيار لها اذا بلغت).

ملحوظة :

ان الشريعة المسيحية بجميع مذاهبها لا تعرف الولاية الاجبارية التى تجيز لولى النفس أن يزوج الصغير الذى تحت ولايته بغير رضاه. فرضا الصغير شرط لازم لصحة الزواج عندهم. ولا ينعقد زواج بارادة ولى النفس وحده ولوكان الزوجان صغيرين ولا باجراء الطقوس الكنيسية وحدها ولا بأى ارادة بشرية أخرى اذا لم تتجه إلى انشائه ارادتا الزوجين

الا اذا كان أبا أو جدا فان فقدا وتركا صغيرة فلا يجوز لأحد أن يزوجها بحال من الأحوال سواء كانت ثيبا أو بكرا مادامت عاقلة، لأن الولى غير المجبر انما يزوج الصغيرة بالاذن ولا اذن للصغيرة. أما اذا كانت مجنونة فانه يجوز للحاكم أن يزوجها اذا بلغت وكانت محتاجة.

وقال الحنابلة اذا بلغت الصغيرة تسع سنين كانت ملحقة بالكبيرة العاقلة عندهم فللولى غير المجبر أن يزوجها باذنها ورضاها فان كانت دون تسع سنين فللحاكم أن يزوجها عند الحاجة.

«ب» من تثبت عليه ولاية الاجبار (فى المذهب المالكى)

تثبت ولاية الاجبار عند المالكية على من يأتى ذكرهم:

١ ـ البكر الصغيرة باتفاق عندهم وليس لها الخيار اذا بلغت على المشهور.

٢ ـ البكر البالغ ولوكانت عانسا على المشهور عندهم . وقيل فى العانس ليس له جبرها. عن إبن وهب فى العانس أنها لا تجبر لانها لما عنست صارت كالثيب.ومنشأ الخلاف هو هل العلة البكارة وهى موجودة أم الجهل بمصالح النساء وهذه مفقودة.

والعانس هى من طالت اقامتها عند أهلها وعرفت مصالح نفسها ولم تتزوج ،واختلفوا هل سنها ثلاثون أو ثلاثة وثلاثون أو خمسة وثلاثون أو أربعون أو خمس وأربعون أو خمسون أو من الخمسين إلى الستين.

٣ ـ الثيب البالغة ان ثيبت بعارض أو بغصب على المشهور أو بحرام لا بنكاح فاسد أو صحيح.

٤ ـ والثيب الصغيرة سواء أكانت ثيوبتها من وطأ صحيح أو بأى سبب آخر (والثيب الكبيرة ان بلغت وثيبت بعارض كوثبة أو بحرام لا ان ثيبت بنكاح فاسد خلافا للمشهور فى المدونة من أن له جبرها ولو بنكاح فاسد أو حرام) ولا ان كانت سفيهة لانه لا يلزم من كونها

مولى عليها من جهة المال أن تكون مولى عليها من جهة النكاح.

٥ ـ الثيب البالغة اذا ظهر فسادها بزنا لا يدرأ الحد عنها كالحرام.

٦ ـ المجنونة جنونا مطبقا بالغة كانت أو غير بالغة ولو ثيبة ولولها ولد، لابيها جبرها وكذلك الحاكم اذا لم يكن هنالك أب، أما غيرها فتنتظر افاقتها.

والجبر عندهم مقيد بعدم الضرر، وليس للأب أن يجبرها على الزواج من ذى عاهة كالخصى والابرص والمجذوم والعنين والمعترض.(١)

من تثبت عليه ولاية الاجبار (فى المذهب الحنفى):

تثبت ولاية الاجبار على الصغيرة مطلقا بكرا كانت أم ثيبا لان علة ثبوتها عندهم الصغر، وما فى معناه كالجنون والعته ولأن الصغيرة تعجز عادة عن اختيار الزوج الصالح وتجهل آثار النكاح وعواقبه.

وأما الغلام الصغير فيجوز اجباره لقصور عقله (٢).

من تثبت عليه ولاية الاجبار (فى المذهب الحنبلى):

١ ـ البكر الصغيرة بلا خلاف.

٢ ـ البكر البالغة عن أحمد فيها روايتان:

الرواية الأولى:

له اجبارها على النكاح وتزويجها بغير اذنها كالصغيرة وهذا مذهب مالك وابن أبى ليلى والشافعى ووجه هذه الرواية قوله صلى الله عليه وسلم «الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن واذنها صماتها».

الرواية الثانية:

ليس له اجبارها (واختاره أبو بكر) وهو مذهب الاوزاعى وأبى ثور

---

(١) يراجع الخرشى جـ ٣ ص ١٧٦، ١٧٧ هامش.

(٢) يراجع هامش فتح القدير جـ ٢ ص ٣٩٥.

والثورى وأصحاب الرأى. ووجه هذه الرواية أن جارية بكرا أتت النبى صلى الله عليه وسلم فذكرت أن أباها زوجها وهى كارهة فخيرها النبى صلى الله عليه وسلم وأيضا لانها جائزة التصرف فى مالها فلم يجز اجبارها كالثيب.

٣ – الثيب الصغيرة فيها وجهان

الوجه الأول: لا يجوز اجبارها وهو مذهب الشافعى.

الوجه الثانى: لابيها جبرها وهو قول مالك وأبى حنيفة وذلك لانها صغيرة.

ويتخرج وجه ثالث: وهو أن إبنة تسع سنين لا يجبرها وليها ويزوجها باذنها أما من دون ذلك فعلى ما ذكرنا من الخلاف فى البكر.

من تثبت عليه ولاية الاجبار (فى المذهب الشافعى):

تثبت ولاية الاجبار عند الشافعية على البكر صغيرة كانت أو كبيرة ولو مجنونة وترادف البكر فى اللفظ العذراء لغة وعرفا خلافا لمن يفرق بينهما فيطلق لفظ بكر على من تأذن بالسكوت وان زالت بكارتها ويستعملون لفظة عذراء على البكر حقيقة وهى التى لم تزل بكارتها.

هذا واما لفظة «معصر» فتطلق على من قاربت الحيض ومن حاضت وعلى من ولدت أو حبست فى المنزل ساعة الطمث أو راهقت العشرين.

ويشترط الشافعية لصحة اجبار المجبرة أن يزوجها وليها ممن يحصل لها منه حظ ومصلحة وشفقة وأن يزوجها من كفء ويعتبر يسار الكفء بحال صداقها عليه لا بمهر المثل خلافا لبعض المتأخرين منهم ويشترط عدم عداوة بينها وبين الزوج (كما بحثه العراقى) وأيضا عدم عداوة ظاهرة بينها وبين الولى.

وتثبت ولاية الاجبار أيضا على الثيب التى ثيبت بلا وطء كسقطة وحدة حيض وأصبع على الأصح خلافا لشرح مسلم وكذا ان خلقت بلا بكارة فان حكمها حكم الابكار.

من تثبت عليه ولاية الاجبار (فى المذهب الشيعى):

تثبت ولاية الاجبار على البكر الصغيرة التى ليس لها عندهم عند البلوغ خيار، ولا تثبت عندهم فى البكر البالغ، خلافا للظاهر فى الروايات وهو المعتمد عند الشيعة، وأحتجوا بما رواه بعضهم فى الصحيح عن الصادق (لا تزوج ذوات الآباء من الابكار إلا باذن أبيها) وذلك لأنه لا معرفة لها بأحوال الرجال فلو لم يجعل أمرها منوطا بنظر الأب لزم أدخال الضرر بحالها وهو منتف بالأصل (١).

هذا، ولا يجوز للأب ولا لغيره عند الظاهرية أن يزوج الثيب حتّى تبلغ ولا اذن لهما قبل أن تبلغ، واذا بلغت البكر والثيب لم يجز للأب ولا لغيره أن يزوجها إلا باذنها فان وقع فهو مفسوخ أبدا، فأما الثيب فتنكح من شاءت وان كره الاب، وأما البكر فلا يجوز لها نكاح إلا باجتماع اذنها وأذن أبيها، وأما الصغيرة التى لا أب لها فليس لأحد أن ينكحها لا من ضرورة ولا من غير ضرورة حتّى تبلغ ولا لاحد أن ينكح مجنونة حتّى تفيق وتأذن إلا الأب فى التى لم تبلغ وهى مجنونة فقط وفى بعض ما ذكرنا خلاف.

فلا تثبت ولاية الاجبار عندهم إلا على الصغيرة البكر(٢).

الخـــلاصة :

يظهر لنا مما سبق أن ولاية الاجبار تثبت عند المالكية للبكر صغيرة كانت أو كبيرة إلا العانس على قول إبن وهب وللثيب الصغيرة وذلك لأن موجب الاجبار عندهم البكارة أو الصغر فكل منهما يوجب الاجبار.

أما الحنفية فانهم يوافقون المالكيـــة فى الصغيرة بكـــرا كانت أم ثيبا ويختلفون معهم فى البكر البالغة وذلك لأن علة الاجبار عندهم الصغر.

---

(١) يراجع كتاب مختلف الشيعة جزء ٢ ص ٨٧

(٢) يراجع المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٤٥٨ ، ٤٥٩

أما الشافعية فيشترطون فى ولاية الاجبار أن تكون الزوجة بكرا فلا اجبار عـلى ثيب (مـن زالت بكارتها) ويحتجون بقوله عليـه السلام (الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر يزوجها أبوها) والثيب عندهم من زالت بكارتها بوطء فى القبل ولو بزنا أو اكراه.

هذا، وعند الظاهرية وكذا الشيعة لا تثبت ولاية الاجبار إلا على الصغيرة البكر فقط.

المبحث الثاني في : من تثبت له ولاية الاختيار ومن تثبت عليه

«١» من تثبت له ولاية الاختيار في المذهب المالكي :

ولاية النكاح الاختيارية تثبت عند المالكية للعصبات بالترتيب الآتى:

١ ــ الابن (١) ولو من زنا فابنه وان نزل يقدم وجوبا وقيل ندبا وبعضهم يقول واجبا غير شرط وهو المناسب.

٢ ــ الأب الشرعى فوصيه.

٣ ــ الأخ الشقيق فالأخ لأب على الاصح والمختار عند اللخمى لقوة الشقيق على الذى لأب وإبنه وان سفل.

٤ ــ الجد.

٥ ــ العم فابنه وان سفل ويقدم الشقيق على الذى لأب على المختار عند اللخمى وهو قول مالك وابن القاسم وسحنون (٢).

٦ ــ وأبو الجد وان علا فعم الأب.

٧ ــ فمولى أعلى وهو من اعتق الامة أو من أعتق من أعتقها أو أعتق أباها.

٨ ــ فكافل وهو من كفل صغيرة مات أبوها وغاب أهلها وقام بأمرها حتى

(١) يراجع الشرح الكبير للدردير جـ ٢ ص ٢٢٥ فما بعدها.

(٢) يراجع الخرشى جـ ٣ ص ١٨٠ جاء فيه يقدم الشقيق قياسا على الارث عندهم.

بلغت عشرة أعوام أو زمنا يحصل فيه الشفقة بالفعل عليها وهو ظاهر المذهب وان كان أجنبيا عنها فان له أن يزوجها باذنها واما المرأة الكاملة فلا ولاية لها على المذهب وقيل لها لكنها لا تباشر العقد بل توكل من يعقد لمكفولتها واشترط المالكية فى المكفولة الدناءة بأن تكون ممن لا قدر لها فان كان لها قدر يزوجها الحاكم وقيل انه لا يشترط فى ولاية الكافل الدناءة بل ولايته عامة للدنيئة والشريفة (١).

٩ - فالحاكم وهو السلطان أو القاضى ويزوجها باذنها اذا ثبت عنده أنها خالية من المرض وخالية من المانع كالاحرام والعدة وأنه لا ولى لها أو أن وليها عضلها أو غاب عنها غيبة بعيدة وأن الزوج كفؤها فى الدين والحرية والحال وأن المهر مهر مثلها وأن من يريد تزويجها غير محرم وأنها بالغة وحرة وأنها ثيب أم بكر.

١٠ - فولاية عامة مسلم، فان لم يوجد من ذكروا فأى فرد من المسلمين يتولى عقدها باذنها إذا علم خلوها من موانع النكاح وكانت دنيئة كمسلمانية ومعتقة وفقيرة، وهذه الولاية لا تختص بشخص دون آخر لقوله تعالى « المؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض».

هذا، واذا زوج شخص بالولاية العامة شريفة، فان النكاح يصح اذا دخل الزوج وطال ولم يكن لها ولى مجبر ومكثت الزوجة مع الزوج سنين كثيرة أو ولدت الأولاد معه (٢).

من تثبت له ولاية الاستحباب فى المذهب الحنفى :

الولى فى ولاية الاستحباب ليس شرطا لصحة النكاح عندهم لصحة نكاح الحرة العاقلة البالغة وينعقد النكاح نافذاً ولازما اذا كان الزوج كفأ والمهر مهر مثلها أما اذا كان المهر أقل من مهر المثل فان العقد يصح نافذا

---

(١) المرأة الشريفة هى صاحبة القدر أو المال أو الجاه أو النسب.

(٢) الخرشى جـ ٣ ص ١٨٢

إلا أنه غير لازم وللولى اذا كان عصبة حق الاعتراض حتى يتم مهر المثل أو يرفع الأمر إلى القاضى ليفسخ العقد. وأما اذا كان الزوج ليس كفأ فان العقد لا يصح أصلا. وترتيب الاولياء فى ولاية الاستحباب كالآتى:

١ ـ الابن فابنه وان سفل عند الصاحبين لانه مقدم فى الميراث لقوة عصوبته.

٢ ـ فالأب ثم الجد أبو الأب عند الشيخين خلافا لمحمد الذى يرى أنه أى الأب مقدم على الابن مراعاة لسنه ولوفرة شفقته واتساع خبرته وكثرة تجاربه ولأن المصلحة من تقديمه فى زواج المولى عليها أقرب وأعظم والدليل على ذلك ثبوت ولايته على المال بخلاف الابن الذى لا ولاية له على المال وزيادة على ذلك جريان العرف فى جميع الامصار(١).

وقد روى عن أبى يوسف أنه جعلهما فى مرتبة واحدة فأيهما سبق بالترويج اعتبر زواجه واذا زوجا معا قدم الأب لأن للأب ولاية المال وأوفر شفقة من الابن.

٣ ـ ثم الأخ الشقيق ثم الذى لأب عند أبى حنيفة وهو الصحيح باتفاق خلافا للصاحبين فى أن الأخ والجد يشتركان فى الولاية « ذكره الكرخى».

٤ ـ ثم ابن الأخ الشقيق ثم إبن الأخ لأب.

٥ ـ ثم العم الشقيق ثم ابناؤه ثم عم الأب الشقيق ثم إبن العم لأب ثم ابناؤه ثم عم الأب لأب ثم ابناؤه ثم عم الجد الشقيق ثم ابناؤه ثم عم الجد لأب ثم ابناؤه وان سفلوا.

٦ ـ ثم المولى المعتق وان كان امرأة ثم بنوه وان سفلوا ثم عصبته من النسب على ترتيب عصبات النسب.

هذا، واذا انعدمت العصبات فقد اختلفوا فقد ذكر أبو حنيفة أن الولاية تنتقل إلى الاصول غير العصبات ماعدا أب أب الام خلافا لابي

---

(١) يراجع كتاب النيابة عن الغير فى التصرف للاستاذ الشيخ على الخفيف ص ١٣

يوسف ومحمد فقد قالا لانكاح لغير العصبات لقوله صلى الله عليه وسلم « النكاح إلى العصبات» وترتيبهم على رأى أبى حنيفة كالآتى :

٧ ـ الأم فأم الأب فأم الأم.

٨ ـ ثم البنت اذا كانت أمها مجنونة ثم بنت الابن ثم بنت البنت ثم بنت إبن الابن ثم بنت بنت البنت ثم الأخت لأب وأم ثم الأخت لأب ثم أولاد الأم ذكورا وإناثا ثم أولادهم.

٩ ـ ثم الولاية بعد ذلك للذوى الارحام على خلاف بينهم لا أرى ضرورة للتعرض له(١).

من تثبت له ولاية الاختيار عند الشافعية :

تثبت ولاية الاختيار لمن يأتى بالترتيب:

١ ـ الأب وهو أحق الأولياء عند الشافعية بالترويج.

٢ ـ ثم الجد أبو الأب وان علا لتميزه بالولادة عن بقية العصبة.

٣ ـ ثم الأخ لأبوين ثم الأخ لأب ثم إبنه وان سفل (وقد قدم الشقيق لأنه أشفق وأرفق بها).

٤ ـ ثم العم لأبوين ثم لأب.

٥ ـ ثم سائر العصبة كالارث.

٦ ـ فالمعتق ثم عصبته.

٧ ـ فالقاضى(٢).

من تثبت له ولاية الاختيار فى المذهب الحنبلى :

تثبت ولاية الاختيار فى المذهب الحنبلى حسب الترتيب لمن يأتى:

---

(١) يراجع الخرشى جـ ٣ ص ١٨٢. فتح القدير جـ ٢ ص ١٧٧ فما بعدها والبدائع جـ ٢ ص ٢٤١ فما بعدها.

(٢) يراجع نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملى جـ ٦ ص ٢٢٦ ، ٢٢٧

١ – الأب وهو أحق الناس لنكاح المرأة الحرة خلافا لمن قال الابن، لأن الولد موهوب لابيه، قال تعالى « وهبنا له يحيى» وقال صلى الله عليه وسلم « أنت ومالك لأبيك» وأيضا لأن الأب أكمل نظرا وأشد شفقة.

٢ – ثم أبو الأب وان علت درجته على الصحيح.

٣ – ثم إبنها وإبنه وان سفل.

٤ – ثم أخوها لأبيها وأمها فأخوها لأبيها اذا اجتمعا على المشهور.

٥ – ثم أولادهم وان سفلوا.

٦ – ثم العمومة ثم أولادهم وان سفلوا ثم عمومة الأب ثم بعدهم تأتى الولاية على ترتيب الارث بالتعصيب فأحقهم بالميراث أحقهم بالولاية ولا ولاية لغير العصبات.

٧ – ثم المعتق ثم عصبته.

٨ – ثم السلطان أى الامام أو الحاكم أو من فوضا اليه ذلك.

٩ – ثم رجل عدل من عامة المسلمين(١).

(الخلاصه :)

هذا، والذى يظهر لنا من دراستنا لفقه المذاهب المذكورة أن الولى غير المجبر عند المالكية يختص بتزويج من له عليها الولاية باذنها ورضاها اذا كانت كبيرة عاقلة بالغة غير بكر أو بكرا عانسا أو رشدها أبوها وأما اذا كانت صغيرة أو فى حكم الصغيرة ممن لا يعتبر اذنها فليس له أن يزوجها وتبقى بلا زواج حتى تبلغ، إلا أنهم استثنوا من ذلك اليتيمة الصغيرة التى يخشى عليها الفساد فى مالها أو فى نفسها إذا بلغت مبلغ المرغوب فى نكاحها وقدره بعضهم بعشرة سنوات فانه يجوز لوليها أن يزوجها سواء رضيت أم

---

(١) يراجع المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٤٥٧

لم ترض بشرط أن يشاور القاضي قبل مباشرة العقد، فان لم يشاوره فسخ نكاحه قبل الدخول أما بعد الدخول فانه يصح وان لم يطل الزمن.

وأما الاحناف فإنهم قالوا للمرأة العاقلة البالغة ثيبا كانت أو بكرا أن تنفرد باختيار زوجها من غير اشراك وليها ولها أن تنشيء بعباراتها العقد إلا انه يستحب لها أن يتولى وليها العقد نيابة عنها وان يكون راضيا عن ذلك، وقد استدل الاحناف لرأيهم بقوله تعالى « فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » فالكتاب الكريم قد اسند إلى البالغة العاقلة أن تتولى عقد نكاحها بنفسها وقد استدلوا أيضا بقوله تعالى « إذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن ان ينكحن أزواجهن » فاسندت هذه الآية أيضا اليها العقد إذا امتنع وليها منه ظلما وعضلا وقد ورد أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « الأيم أحق بنفسها من وليها» والأيم هي من لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا وليس لابيها أن يتصرف في أقل شيء مما تملكه إلا برضاها، ولم يجز له من باب أولى أن يزوجها إلا برضاها وان يزوجها إلى من تكره إلا أن لوليها الحق في أن يعترض عليها اذا كان الزوج غير كفأ أو المهر ليس مهر مثلها وقد خالف الصاحبان أبو يوسف ومحمد في اعطاء الولي حق الاعتراض على المهر بناء على أن المهر ملكها ولها حق التنازل عنه.

وقد وافق الحنفية الامامية في أن تزوج العاقلة البالغة نفسها إلا أنهم لم يوافقوهم في كل ما اشترطوا في الكفاءة (١).

وأما الشافعية فان الولي غير المجبر وهو غير الأب والجد ليس له أن

---

(١) يراجع كتاب أحكام الزواج لاستاذنا الشيخ محمد أبي زهرة ص ١٦٨
وقد جاء في صفحة ٤٥٩ من المحلى لابن حزم جـ ٩ طبعة سنة ١٣٥١ هـ. ما يأتي :
(فأما الثيب فتنكح من شاءت وان كره الأب، واما البكر فلا يجوز لها نكاح إلا باجتماع اذنها واذن أبيها، وأما الصغيرة التي لا أب لها فليس لأحد أن ينكحها لا من ضرورة ولا من غير ضرورة حتى تبلغ ولا لأحد أن ينكح مجنونة حتى تفيق وتأذن إلا الأب في التي لم تبلغ وهي مجنونة فقط).

يزوج من له عليها الولاية إلا باذنها ورضاها اذا كانت كبيرة عاقلة بالغة، أما الصغيرة العاقلة فإنه لا يصح لغير الأب والجد أن يزوجها بأى حال من الأحوال لأن زواجها من غيرهمايتوقف على اذنها ورضاها وهى ممن لا يعتبر لها اذن، فلا تزوج بولاية الاختيار الا إذا بلغت، فان كانت يتيمة لاأب لها وكانت مجنونة انتقلت الولاية عليها للحاكم، ولايزوجها الحاكم إلابشرطين:

الشرط الاول: أن تبلغ لانها لا تحتاج للزواج قبل البلوغ.

الشرط الثانى: أن تكون محتاجة وحاجتها لا تندفع إلا بالزواج.

وأما الحنابلة فليس للولى غير المجبر عندهم أن يزوج من له عليها الولاية إلا بإذنها ورضاها ان كانت كبيرة عاقلة أو صغيرة لها تسع سنين أما الصغيرة دون التسع سنوات فليس له زواجها لأن زواجها يتوقف على الاذن وهى ممن لا يعتبر اذنها ومثلها المجنونة جنونا مطبقا.

«ب» من تثبت عليها ولاية الاختيار عند المالكية :

ان ولاية الاختيار تثبت على من يأتى:

١ – الثيب البالغة التى ثيبت بنكاح صحيح أو فاسد(١).

٢ – البكر البالغة التى رشدها أبوها أو وصيها على غير المشهور.

٣ – البكر البالغ التى فارقت زوجها الذى كانت تساكنه سنة فأكثر من حين الزواج، اذا انكرت الوطء.

٤ – اليتيمة الصغيرة ان خيف فسادها وقد بلغت مبلغ المرغوب فى نكاحها وأذنت بالقول وكان الزوج كفأ لها والمهر مهر مثلها واستشير القاضى (٢).

---

(١) يراجع الزرقانى على مختصر خليل جـ ٥ ص ١٧٤ فما بعدها.

(٢) يراجع كتاب استاذنا المرحوم الشيخ معوض مصطفى سرحان الطبعة الاولى فى الاحوال الشخصية.

٥ ـ الصغيرة التي قطع الأب عنها النفقة أو غاب وخشى عليها الضيعة يزوجها برضاها واذنها.

من تثبت عليها ولاية الاستحباب فى المذهب الحنفى :

تثبت ولاية الاستحباب أو الشركة على كل امرأة عاقلة بالغة بكرا كانت أم ثيبا مهما تكن درجتها من الرشد، ومعنى الشركة فى هذه الولاية هو أن العاقلة البالغة لها أن تنفرد بأمر زواجها وليس لوليها سلطان معها فهما شريكان فى زواجها من ناحية أنه يستحب لوليها أن يتولى العقد وأن يكون راضيا وان كان لها الحق فى أن تنشىء العقد بعبارتها لأن العقد فى الزواج عند الحنفية ينشأ صحيحا بعبارة النساء.

من تثبت عليها ولاية الاختيار فى المذهب الشافعى :

تثبت عندهم على كل انثى ليست بكرا صغيرة أو بكرا كبيرة بالغة .

من تثبت عليها ولاية الاختيار فى المذهب الحنبلى :

تثبت عندهم على الثيب الكبيرة بالاتفاق لقوله صلى الله عليه وسلم (لا تنكح الأيم حتى تستأمر) ولقوله صلى الله عليه وسلم (الأيم أحق بنفسها من وليها) ولقوله صلى الله عليه وسلم (ليس للولى مع الثيب أمر) وللحنابلة وجهان فى الثيب الصغيرة:

الوجه الاول: لايجوز تزويجها.

الوجه الثاني: لابيها تزويجها ولا يستأمرها.

ويتخرج وجه ثالث وهو أن إبنة تسع سنين يزوجها وليها باذنها وأما من كانت دون ذلك فعلى الخلاف عندهم فى البكر الكبيرة.

ويتلخص خلافهم في روايتين لأحمد:

الرواية الأولى: يزوجها وليها المجبر بغير اذنها.

الرواية الثانية: ليس لوليها ذلك (١).

المبحث الثالث : الوكالة في المذاهب الاسلامية

الوكالة في الزواج عند الاحناف

ان عقد الزواج يقبل الانابة ويجوز لكل من يملك حق عقد الزواج أن يوكل غيره فيه فيصح عند الحنفية من الرجل والمرأة على السواء أن يوكل غيره من رجل أو امرأة أيضا. وعند المالكية على الصحيح عندهم للمرأة اذا كانت وصية أو مالكة أو معتقة الولاية إلا أنها لا تباشر العقد بنفسها وإنما توكل عنها رجلا يباشره نيابة عنها ، وعند جمهور الفقهاء ليس للمرأة أن توكل غيرها وانما يتولى عنها من غير توكيل وليها لأنه يملك انشاء العقد وان كان لابد من رأيها ورضاها ولوليها الحق في أن يوكل غيره.

هذا ، والتوكيل لا يحتاج إلى شهادة وللموكل أن يقيده بكل شرط مباح كأن يأمر الوكيل بأن يزوجه من شخص معين أو يقيده بمقدار معين من المهر ، ولايجوز للوكيل مخالفة الموكل والا كان فضوليا بخروجه من حدود الوكالة ، وللموكل اجازة عقده وعدم اجازته لأن عقد الفضولي موقوف على الاجازة في هذه الحالة ، وللموكل أن يطلق للوكيل التصرف في هذه الحالة ، قيد أبو حنيفة الاطلاق بالكفاءة في حق المرأة لأنها تعير بغير الكفء إلا اذا (٢) أجازت لأن من حقها ذلك مالم يعترض الأولياء لأنهم يعيرون أيضا بقلة المهر مثلها ، وأما بالنسبة للمهر فالصاحبان يقيدان الاطلاق بالعرف.

هذا ، وفي حالة الاطلاق اتفق فقهاء الحنفية على أن الوكيل ليس له أن يزوج الموكلة من نفسه ولا ممن هو في ولايته لأن الاطلاق يقتضي أن يكون

---

(١) يراجع ما ذكرنا في مذهب ابي حنيفة والشافعي وابن حنبل.
كتاب فتح القدير الجزء الثاني
كتاب نهاية المحتاج الجزء السادس.
المغني الجزء السادس.

(٢) يراجع فتح القدير جـ ٢ ما بعد صفحة ٣٩١ وتراجع البدائع جـ ٢ ص ٤٤٦

الزوج غير معلوم وإلا لنص عليه أما ان زوجها من واحد من أهله أو فرعه ممن لا تقبل شهادتهم له، فقد منع أبو حنيفة ذلك للتهمة أو المحاباة، وأجاز الصاحبان مادام الزوج كفأ والمهر مهر مثلها لأن التهمة تنتفى عند هما بتوافر ذلك.

والوكيل فى العقد اذا كان غير الأب أو الجد فلابد من اذن الموكلة صراحة لأنها لا تستحى من الاذن الصريح(١).

الوكالة فى الزواج عند المالكية :

للولى عن المرأة عندهم أن يوكل عنه مثله فى الشروط التى منها أن يكون ذكرا لأن العقد لا ينعقد بالانثى ولا بالصبى غير البالغ ولا بالرقيق ولا غير المسلم ولا محرم بحج ، أما الزوج فله أن يوكل أى ذكر ماعدا المحرم والمعتوه ومن لا يصلح للوكالة فله أن يوكل الصبى والعبد والكافر.

وللمرأة المالكة والوصية والمعتقة أن توكل أجنبيا ذكرا مع حضور أوليائها إذا كان الوكيل مستوفيا للشروط المعتبرة فى الولى المباشر لعقد الأنثى وذلك لأن لها حقا فى الولاية على رقيقها والموصى عليها(٢).

هذا. وإقرار الوكيل عن المرأة بزواجها اذا أنكرت وادعاه الزوج صحيح بلا يمين اما اذا لم يدع الزوج ذلك فلا ينفع اقرار الوكيل.

واذا قالت المرأة لوليها غير المجبر وكلتك على تزويجى ممن تحب وجب عليه أن يعين لها من يحب قبل العقد والا كان لها حق الرد. أما اذا وكل الرجل شخصا ولم يعين له المرأة فزوجه من امرأة لزمته وان لم يعين له الزوجة قبل العقد بشرط أن تكون ممن تليق بمثله عادة.

الوكالة فى الزواج عند الشافعية :

للولى المجبر عندهم ان يوكل غيره ليزوج نيابة عنه من له عليها الولاية،

---

(١) يراجع كتاب أحكام الزواج لاستاذنا الشيخ محمد أبى زهرة ص ١٦٩ فما بعدها.

(٢) يراجع الشرح الكبير للدردير جـ ٢ ص ٢٣٠

بدون اذنها ورضاها ولو لم يعين للوكيل الزوج. لأن شفقته تدعوه إلى أن يوكل من يثق بحسن نظره وعلى الوكيل أن يزوجها من كفء وبمهر المثل والا لم يصح الزواج واذا وجد أكفأ منه فانه أيضا لا يصح للوكيل زواجها إلا من الأكفأ.

وللولى غير المجبر أن يوكل أيضا وان لم تأذن موليته فى التوكيل وان لم يعين الزوج بشروط وهى :

١ ـ إذا اذنت الولى فى التزويج قبل التوكيل.

٢ ـ اذا لم تنهه عن توكيل غيره.

٣ ـ اذا زوجها ممن عينته ان قالت له زوجنى من فلان (١).

الوكالة فى الزواج عند الحنابلة :

للولى المجبر عندهم الحق فى أن يوكل عنه بدون اذن من له عليها الولاية لأن له حق مباشرة العقد ولوكيله ما له من حق فى اجبار موليته.

أما الولى غير المجبر فانه ليس لوكيل أن يزوج بغير اذن ورضى من عليها الولاية لأن الولى غير المجبر لا يملك هذا الحق وعلى الوكيل أن يستأذنها بعد توكيله لا قبله وإلا فلا يصح عقده.

هذا . ويشترط فى الوكيل ما يشترط فى الولى وقد تقدمت شروط الولى حتى لا يباشر العقد من ليست له أهلية الا أن الزوج يصح له أن يوكل الفاسق والكافر ان كان يريد الزواج من كتابية.

وللولى أن يوكل توكيلا مطلقا كأن يقول زوج موليتى ممن تحب إلا أن هذا الاطلاق مقيد عند الحنابلة بالكفء وان لا يزوجها من نفسه وله أن يقيد الوكالة وفى هذه الحالة لا يزوجها إلا بمن عينه له (٢).

---

(١) يراجع المنهاج جـ ٥ ما بعد صفحة ١٧٥

(٢) يراجع المغنى لابن قدامة جـ ٦ ما بعد صفحة ٤٤٨

جاء فى كتاب بداية المجتهد جـ ٢ طبعة سنة ١٣٢٧ هـ ص ١١ ما يأتى : «وسبب اختلافهم هل صفة الولاية مما يمكن أن يستناب فيها أم ليس يمكن ذلك، ولهذا السبب بعينه اختلفوا فى الوكالة فى النكاح لكن الجمهور على جوازها إلا أبا ثور ولا فرق بين الوكالة والايصاء لأن الوصى وكيل بعد الموت والوكالة تنقطع بالموت».

المبحث الرابع

مايسلب الولايــة :

١ – يسلب الولاية جنون الولى جنونا مطبقا اذا استمر شهرا فأكثر فانه يزيل ولايته وينقلهــا إلى من يليه فى المرتبة ، اذا كان من يليه مستوفيــا لشروطها وتعود إلى المجنون ولايته اذا أفاق لزوال المانع.

٢ – وفقدان الولى شرطا من شروط الولاية فتنتقل الولاية إلى من يليه فى المرتبــة.

٣ – وغياب الولى غيبة بعيدة لا يمكن معها الاتصال به كسفره مسافة قصر، أو جهل مكانه وتعذر الاتصال به. وتبقى ولايته اذا كان سفره قريبا دون مسافة القصر ، وقد اختلف الفقهاء فيمن تعذر الاتصال به إلى الآراء الآتية:

أكثر فقهاء الحنفية على الأرجح عندهم يقولون بأن ولايته تنقطع وتنتقل إلى من يليه فى الدرجة ، ولمن يليه الحق في ان يباشر العقد بولايته هو لا باعتباره نائبا عن الغائب ، وقد قال زفر ليس للولى الحاضر الأدنى مرتبة ولاية فى هذه الحال لبقاء ولاية الأقرب منه وان كان مسافرا أو مجهول المكان .

والشافعية يقولون بأن ولايته تزول وتنتقل إلى السلطان لا لمن يليه لأن من يليه محجوب به ولا تكون له ولاية.

هذا ويرى بعض الفقهاء أن ولاية الغائب لا تزول لغيبته ولا تنقطع ولكن تثبت أيضا لمن يليه فى الدرجة ولايــة مباشرة التزويج مراعاة لمصلحة المولى عليه ويكون الحكم فى ذلك كالحكم عندما يكون للصغير وليان مستويان فى الدرجة لأن الولى الأقرب اذا كان غائبا لم يقطع برأيه

ونظره، وقد لا ينتظره الكفء فيتضرر المولى عليه بانتظاره. فوجب أثباتها لمن يليه الحاضر لأنه فى الامكان الانتفاع برأيه ونظره لوجوده ومشاهدته وابتعادا عن مضرة المولى عليها وضياع فرصة جاءت بنفعه. فأيهما عقد فى مكانه نفذ عقده واذا عقد كل منهما نفذ عقد السابق منهما.

٤ – وعضل الولى موليته لغير سبب شرعى يبرز ذلك العضل وكان من تقدم لزواجها كفء ومهره مهر المثل ولم يوجد مانع آخر يبرر امتناعه وذلك لأن امتناعه من تزويجها يعد ظلما يجب رفعه وللقاضى تزويجها.

المبحث الخامس

أحكام تزويج الصغيرة:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن للأب تزويج ابنته البكر اذا زوجها من كفء وذهب عبدالله بن شبرمة وأبو بكر الأصم وعثمان البتى إلى أنه لا ولاية لأحد على صغير أو صغيرة بكرا كانت أو ثيبا فى التزويج ولا زواج لهما إلا بعد بلوغهما وقد استندوا إلى قوله تعالى «وابتلوا اليتامى حتّى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم » إذ دلت على أن الصغير لا يبلغ النكاح إلا ببلوغه ويرون ان زواجه عليه الصلاة والسلام بعائشة كان خصوصية له، واستدل الجمهور على جواز زواج الصغير والصغيرة بقوله تعالى«واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن ....» وذلك لأن الآية جعلت لمن لم يحضن عدة ، وهى ثلاثة أشهر وجاءت الآية عامة ولم تفرق الآية فيمن لم يحضن بين أن يكن أبكارا وثيبات ولا بين الكبيرات والصغيرات فدل ذلك على أن الصغيرة تزوج فتطلق فتعتد.

ويستدل أيضا بما روى عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت (تزوجنى

النبى «صلى الله عليه وسلم» وأنا بنت ست وبنى بى وأنا ابنة تسع) متفق عليه.

وبهذين الدليلين أبطلوا ما ذهب اليه ابن شبرمة ومن وافقه فى الرأى.

هذا وقد ذهب إبن حزم الظاهرى إلى أنه يجوز زواج الصغيرة لورود النص بذلك ولا يجوز على الصغير لعدم حاجته إلى الزواج(١).

هذا، والمالكية يرون أن الولى غير المجبر لا يزوج اليتيمة الصغيرة وهى من لا أب لها إلا اذا توفرت الشروط الآتية:ـ

١ ـ اذا خيف على اليتيمة فساد فى حالها أو مالها اذا لم تزوج.

٢ ـ وكان لها ميل للرجال.

٣ ـ وأتمت عشر سنوات فأكثر من عمرها.

٤ ـ وشور القاضى الذى يرى ذلك، بعد بلوغها عشر سنوات ويخاف فسادها فيأمر بزواجها بعد أن يثبت لديه ما يأتى:

أنها يتيمة وفقيرة وخالية من الازواج وليست فى عدة وراضية بالزوج وهو كفؤها فى الدين والحرية والنسب والحال والمال والصداق، وأمهرها مهر مثلها عند غير المالكية وأنه جهزها جهازا مناسبا لها.

٥ ـ وأن تأذن لوليها بالقول لكى يزوجها هو أو الحاكم.

خيار البلوغ للصغير والصغيرة :

ان الحنفية يرون خيار البلوغ للصغيرة والصغير وخيار البلوغ عندهم يكون بأن تختار الصغيرة البكر نفسها بمجرد بلوغها اذا كان المزوج لها غير الأب وذلك لأن الأب موفور الشفقة وحريص على مصلحة صغيرته ولا يألو جهـــدا فى الاختيار لها، ولذا لم تكـــن هنالك داعية إلى تعرف رأى

---

(١) يراجع كتاب النيابة عن الغير فى التصرف للأستاذ الشيخ على الخفيف ص ٤٤.

الصغيرة بعد بلوغها لأن حرص والدها على مصلحتها فيه الكفاية ما لم يكن الأب معروفا بسوء الاختيار قبل العقد أو كان سكرانا حين العقد.

ويشترط لصحة خيارها ان تختار بنفسها بمجرد البلوغ سواء برؤية الحيض أو أى علامة من علامات البلوغ المعتبرة. فاذا بلغت وهى لا تعلم بالزواج ومضى على بلوغها زمن ثم علمت فلها حق الخيار عقب العلم مباشرة.

هذا وان سكتت بغير عذر عالمة بالزواج بطل خيارها ولا يقبل اعتذارها بالجهل ولا يشترط فى البكر أن تصرح بالقبول بل يكفى أن يصدر منها ما يدل على الرضى كأن تسكت بعد بلوغها أو تضحك غير مستهزئة أو تبكى بكاء الفرح.

ويلحق بالصغيرة(1) والصغير المجنون والمجنونة ولو كانا كبيرين عند افاقتهما.

أحكام تزويج الكبيرة :

الكبيرة هى البالغة العاقلة التى لا تخلو من أن تكون بكرا أو ثيبا؛ أما اذا كانت ثيبا بأن زالت بكارتها بوطء حلال أو حرام فانها لا تزوج إلا بعد استأذانها ورضاها صراحة باتفاق وليس للولى جبرها على الزواج لما روى «أن الثيب أحق بنفسها من وليها» ولما روى عن خنساء الانصارى من أن أباها زوجها وهى ثيب فكرهت ذلك فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فرد نكاحها (أخرجه الجماعة إلا مسلما).

وأما اذا كانت بكرا بالغة فان الحنفية يجيزون لها وللثيب أن تباشر عقد زواجها وليس لوليها أن يزوجها إلا برضاها ولا يزوجها لمن تكره لقوله تعالى « فان طلقها فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره » وقوله تعالى

(1) ونظرا لأن المشرع فى الجمهورية العربية المتحدة شرع بلائحة اجراءات المحاكم الوطنية ما يمنع الموثقين من مباشرة زواج من لم يبلغ ستة عشر سنة من الاناث وثمانية عشر من الذكور. وشرع ما يمنع القضاة من سماع دعوى الزوجية قبل هذه السن وعليه فان موضوع خيار البلوغ أصبح معطلا وغير معمول به فى محاكم الأحوال الشخصية».

«وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي ان أراد النبي أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين» وفي أدلتهم هذه نظر خلافا لمن يرى من الجمهور أن النساء لا يباشرن عقد زواجهن وانما يزوجها الولي باذنها ورضاها وذلك لقوله تعالى« واذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن ان ينكحن أزواجهن» والنهي عادة موجه إلى من بيده المنهي عنه وهو العضل، ولقوله صلى الله عليه وسلم «لا نكاح إلا بولي» ولقوله صلى الله عليه وسلم «لا تنكح المرأة المرأة ولا المرأة نفسها ، انما الزانية التي تنكح نفسها » ولأن النكاح انما يراد لمقاصده من دوام العشرة وحسن المعاملة والرجال أقدر على فهم ذلك من النساء لانهن سريعات الانفعال سريعات الاختيار واختيار الرجال أقرب إلى القبول و اكثر طمأنينة للنفس.

هذا، والبكر هي التي لم تزل بكارتها بوطء في عقد صحيح أوفاسد يدرأ عنها الحد. وتعطى أحكام البكر لمن زالت بكارتها بزنا ولو تكرر منها أو زالت بكارتها بسبب عارض كتقدم سن أو صدمة أو غير ذلك على الأرجح عند المالكية.

والبكر البالغ أصناف ثلاثة عندهم :

(١) الصنف الاول : بكر رشدها أبوها أو وصيها.

(٢) الصنف الثاني : بكر عانس « وهي التي طالت اقامتها عند اهلها. »

(٣) الصنف الثالث: بكر لم ترشد ولم تعنس.

فالصنفان الأولان لهما حكم الثيب المتقدم ، والصنف الثالث حكمه عن المالكية حكم الصغيرة البكر المذكور في أحكام تزويج الصغيرة آنفا.

المبحث السادس

« زواج القاصر فى التشريع المسيحى »

ان رضا الزوجين ركن فى العلاقات الزوجية عند المسيحيين، ولا يحل محله رضا شخص آخر، ولكن لا يكفى رضا الزوجين وحدهما لابرام العلاقة الزوجية فى جميع الاحوال. فالزوجان الرشيدان ليس لأحد ولاية على نفسيهما فلهما أن يبرما العلاقة الزوجية بارادتهما من غير حاجة إلى رضا أو أو اذن غيرهما. والرشد عند الأرثوذكس يبدأ من ٢١ سنة وكانت من قبل ٢٥ سنة.

جاء فى المادة ١٨ من قواعد الأحوال الشخصية للاقباط الارثوذكس ما يأتى:

(يجوز لمن بلغ احدى وعشرين سنة ميلادية كاملة رجلا كان أو امرأة أن يزوج نفسه بنفسه).

وأورد إبن العسال هذا الأصل وهو: وكانت الولاية على النفس لا تنقضى كما قلنا إلا ببلوغ ٢٥ سنة. وقال فى الفصل الرابع الذى أورد فيه حال الوالد مع ولده فى الزيجة ويحصل عليه حال المولى مع من هو وليه:

(والتى لها سلطان على نفسها وتكون سنها كاملة فلها أن تقارن بعلا على ما يوجبه الناموس ولو كان أبوها كارها وهذا حكم الولد ذكرا كان أو أنثى).

وجميع المذاهب المسيحية على ذلك.

ولكن يختلف الأمر – اذا كانت الولاية على الصغير – لا تزال قائمة وكان الصغير قد بلغ السن المقررة للزواج.

زواج الصغير عند الكاثوليك :

يرى الكاثوليك أن الصغير الذى بلغ السن – سن الزواج – وهو عندهم

ست عشرة سنة للرجل واربع عشرة سنة للمرأة يستطيع أن يزوج نفسه ولو كان ذلك بغير اذن وليه.

وكان تقرير هذا المبدأ عند الكنيسة الكاثوليكية نتيجة تطور طويل فقد كان القانون الرومانى – فى عهده التقليدى يستوجب لصحة الزواج رضا رب الأسرة بالنسبة لمن يعيشون فى كنفه من أبناء وبنات مهما بلغ سنهم. وبالنسبة للذكور كان يجب فضلا عن رضا رئيس الأسرة رضا الأب ولـــو بدوره لا يزال يعيش تحت سلطة الجد.

وقد سارت كنيسة روما على هذا المبدأ طول فترة قيام الامبراطورية الرومانية الغربية.

ولكن حين انهارت الامبراطورية الرومانية الغربية وجدت الكنيسة الرومانية نفسها ازاء شعوب أخرى لها عاداتها وقوانينها الأخرى.

وكان معظم الشعوب ينتمى بأصله إلى الجنس الالمانى وكانت القبائل الالمانية تفرق – فيما يتعلق بحق الشخص فى تزويج نفسه بين الفتى والفتاة أما الفتى فأمره إلى نفسه بمجرد وصوله سن البلوغ فيصبح زواجه برضاه وحده دون حاجة إلى رضاء أبيه أو ولى نفسه. أما الفتاة فخضوعها لرأى أسرتها فيما يتعلق بالزواج الكامل فهى من جهة لم تكن تستطيع أن تزوج نفسها بارادتها وحدها مهما بلغ سنها – ومن جهة أخرى لم يكن لها حق الاعتراض على الزواج الذى يختاره لها أولياؤها من أسرتها وأقرت الكنيسة الرومانية – مبدأ حـــق الفتى فى تزويج نفســـه بمجرد وصوله سن البلوغ – ولكنها لم تقبل مبدأ أخضاع الفتاة اخضاعا تاما لأسرتها وقررت فى هذا الشأن قاعدة هى:

ان الفتاة التى تبلغ سنا معينا لا يجوز تزويجها بغير ارادتها وانها تستطيع دائما وحتى ولوكانت دون هذه السن – أن ترفض تنفيذ خطبة عقدهـــا من والدها بغير رضاها.

وقد وجدت الكنيسة صعوبة فى اقرار هذا المبدأ الذى كان يخالف العرف السائد إذ ذاك — ولذلك فقد ذهب الراهب (جيراتيان) إلى أنه وإن لم يكن من حق الابوين تزويج الصغار من أولادهم وبناتهم الذين تحت ولايتهم مهما تكن سنهم بغير رضاهم. فان زواج هؤلاء الصغار لا يكون صحيحا بدوره إلا برضا أوليائهم.

ولكــن لم يقدر لرأى (جيراتيان) أن يسود — فقد عارضــه الاسقف (بيرلومبارد) وقرر المبدأ الذى تسير عليه كنيسة روما حتى اليوم، وهو أن الزواج المسيحى لا يجوز أن يخضع لأى سلطة خارجية ولو كانت سلطة الابوين — والقاعدة فى ذلك عنده من شقين :

١ — أن رضا الزوجين وحده هو جوهر العلاقة الزوجية وركنها الأساسى.

٢ — ان رضا الوالدين أو أولياء النفس وان لم يكن لازما لانعقاد الزواج إلا أنه من المقومات التى يستلزمها ما يجب أن تحاط به هذه العلاقة المقدسة من توقير واحترام.

وقد استقرت الكنيسة الكاثوليكية عند رأى (بيرلومبارد) وبرر ذلك عندها اعتبارات دينية منها أن الزواج (سر كنسى) ومن المقرر لديها أن الشخص يستطيع ممارسة الأسرار حين يصل سن البلوغ كما أنها تبيح للصبى وللصبية عند بلوغهما تلك السن أن يختارا الرهبنة ولو كان ذلك بغير رضاء أوليائهما فيكون لهما أيضا أن يزوجا نفسيهما بغير رضى هؤلاء الأولياء.

والواقع أن الكنيسة بتقريرها هذه المبادىء انما كانت تستهدف الحد من سلطان الآباء على أبنائهم ذلك السلطان الذى وصل فى ذلك الزمان إلى حد اباحة بيع الأبناء رقيقا.

زواج القاصر فى القانون الفرنسى :

ان القانون الفرنسى يرى أن القاصر لا ينعقد زواجه إلا بموافقة أهله وذلك لأن القاصر بحكم سنه يحتاج إلى حماية، ولأن العلاقة الزوجية لها

أهميتها في واقع الحياة الاجتماعية، ولانها ارتباط يستمر طول حياة الشخص، كما أنه ينشىء بين كل من أسرتي الزوجين علاقة دائمة هي المصاهرة. ومن ناحية أخرى فان الاندفاع إلى الزواج يكون في كثير من الأحيان بتأثير عاطفة تطغى على التفكير الهادىء ووزن المصالح مما يستدعي فرض نوع من الرقابة على الأشخاص الذين يخشى، بسبب سنهم، أن تقودهم قوة العاطفة إلى قرار متعجل.

على أن لزوم موافقة أهل القاصر على زواجه لا يعني الاستغناء عن رضائه هو بالزواج، ذلك أن موافقة الأهل ليست إلا اذنا بالزواج الذي يعقده القاصر برضائه هو.

ولم يكن القانون الكنسي يشترط مثل هذه الموافقة رغبة في تيسير الزواج، إلا ان السلطات المدنية (البرلمانات) لم توافق على مسلك القانون الكنسي، وكانت تذهب إلى ضرورة حصول من تقل سنه عن ٢٥ سنة على موافقة أهله على الزواج، أما من بلغ هذه السن فقد كان عليه أن يأخذ مشورتهم دون أن يكون ملزما برأيهم. وقد أبيح للأهل حرمان من يتزوج من ابنائهم دون الحصول على موافقتهم من الميراث، ثم صار هذا الحرمان بقوة القانون وأضيف اليه سقوط حقوقهم فيما ينشأ عن الزواج أو الوصايا من حقوق مالية، كما كانت توقع عقوبات جنائية على من يغفل الحصول على تصديق أهله على زواجه.

ثم جاءت المجموعة المدنية (المادة ١٤٨) القديمة باستلزام الأهل على زواج من لم يبلغ الخامسة والعشرين من الذكور، ومن لم تبلغ الواحدة والعشرين من الأناث وقد عدلت السن بالنسبة للذكور فصارت الحادية والعشرين للجنسين منذ سنة ١٩٠٧ أما البالغون، فقد كان القانون يستلزم حصولهم على مشورة أهلهم أو اخطارهم بعزمهم على الزواج، حتّى الغى هذا الاستلزام في سنة ١٩٣٣ ولم يبق من ضرورة للحصول على رأي الأهل في هذا القانون، إلا بالنسبة لزواج من تقل سنهم عن ٢١ سنة (المادة ١٤٨

الحالية).

وقد لاحظ القانون ما لتدخل موثق الحالة المدنية من أثر فى الزام الأزواج القصر بالحصول على هذه الموافقه فأوجب عليه أن يتحقق من صدورها فى الصورة القانونية ومن عدم الرجوع فيها، قبل اتمام الزواج، والا تعرض للعقوبات التى تنص عليها المادة ١٩٣ من قانون العقوبات الفرنسى (الغرامة من ألف إلى ١٨ الف فرنك والحبس ستة شهور إلى سنة) كما أوجب عليه أن يثبت حصول الموافقه فى وثيقة الزواج.

من تلزم موافقتهم في زواج القاصر.

تحديد من تلزم موافقتهم من الاهل، يختلف بحسب ما اذا كان المقبل على الزواج من الأبناء الشرعيين أو الطبيعيين أو من الابناء بالتبنى، ونبين فيما يلى من تلزم موافقتهم بالنسبة لكل طائفة، قبل أن نتكلم عن الاجراءات التى تحصل بها هذه الموافقة.

الموافقة على زواج الأبناء الشرعيين عندهم:

يثبت الحق فى الأذن بزواج القاصر اذا كان ولدا شرعيا لوالديه ان كانا موجودين وقادرين على منح هذا الاذن، فان لم يكونا كذلك انتقل هذا الحق إلى غيرهما من الأصول، فان لم يوجد منهم أحد كان حق الموافقة لمجلس العائلة كما يظهر مما يلى:

موافقة الوالدين (الأب والأم):

اذا كان الأب والأم موجودين وجب على القاصر أن يحصل على موافقتهما على زواجه فالاصل أن يوافق كل منهما على الزواج فان رفضاه جميعا لم يصح ويتعين على القاصر الانتظار حتى يبلغ الرشد، ولكن قد يحصل الخلاف بينهما بشأنه فيوافق احدهما دون الآخر، فى هذه الحالة تكفى موافقة أحدهما وسواء أكان هو الأب أم الأم(المادة ١٤٨ مدنى فرنسى).

وعلى القاصر عند حصول الخلاف بين أبويه فى شأن زواجه أن يخطر

من لم يوافق عليه منهما، وبأنه مصمم على المضى فيـــه ولو لم يحصل على موافقته ، ويعنى من هـــذا الاخطار ايضا أن يكون الأب أو الام قـــد قام باخطار موثق الحالة المدنية بخطاب مصدق عـــلى امضائه فيه بعدم موافقته على الزواج.

وقد يكون الوالدان فى حالة انفصال جثمانى أو افتراق بالطلاق ومع ذلك فان القواعد الحالية للقانون الفرنسى (بعد الغاء المادة ١٥٢) تقضى بأن الخلاف بين الوالدين يعتبر كموافقة بصـــرف النظر عـــن الانفصال أو الطلاق ، ولذا فان موافقة أحدهما فقط ، تكفى لتصحيح زواج القاصر ولوكانت الموافقة من جانب من حكم ضده بالطلاق أو الانفصال وحرم من ضم أبنائه اليه ولوكان قد تزوج مرة ثانية.

على أن أحد الوالدين قد يكون ميتا أو سقطت عنه السلطة الابوية أو فى حالة لا تسمح له بابداء رأيه فى زواج ولده القاصر كما لوكان غائبا أو قامت موانع تحول دون اعتبار رأيه كما لو كان مجنونا أو محجورا عليه، فى هذه الصور يكتفى بموافقة الشخص القادر على إبداء رأيه سواء أكان الأب أو الأم (المادة ١٤٩ فقرة أولى) حتّى ولوكان هناك انفصال أو طلاق بين الأب والأم، بل ولوكان القادر على إبداء الرأى هو الذى حكم ضده بالطلاق أو الانفصال.

واذا كان محل اقامة أحد الوالدين غير معروف واستمر ذلك لمدة سنة اكتفى أيضا برضاء الحاضر بشرط أن يحلف طالب الزواج والوالد الآخر على ذلك (أى عدم معرفة محل الاقامة).

ويباح للولد الاستغناء عن رأى أحد والديه اذا كان منفيا إلى المستعمرات تنفيذا للحكم عليه بعقوبة الاشغال الشاقة، اكتفاء برأى الآخر ، وهذا يعنى أن للوالد أن يبدى رأيه لو أراد ولده القاصر الحصول عليه (المادة ١٥٣ مدنى)

موافقة الأصول غير الوالدين :

إذا لم يكن الوالدان فى قيد الحياة، أوكانا معا فى أحد الظروف السابق ذكرها والتى تحول دون الحصول على رضاء أى منهما فى هذه الأحوال ينتقل حق الموافقة على زواج القاصر إلى الاجداد من ناحية الأب ومن ناحية الأم للناحيتين فى نفس الوقت (المادة ١٥٠ مدنى) وهذا يعنى أن يؤخذ فيه رأى كل جد أوجدة من الناحيتين إلا أن حساب الاصوات فى الموافقه أو الرفض يكون بالناحية ويكفى الرأى بالموافقة من ناحية واحدة ليصح الزواج وسواء أكانت ناحية الاب أو الأم، لأن الانقسام يعتبر كالموافقة.

وفى حساب رأى الناحية الواحدة فى الموافقة يكفى أن يوافق أحد الجدين سواء أكان باقيا وحده أوكان الآخر لايوافق على الزواج، وبصرف النظر عما اذا كان من وافق هو الجد أو الجدة فرأيهما – فى ظل القواعد الحالية من قوة واحدة. وعلى ذلك لو وافقت الجدة لأم على الزواج ورفضه كل من الجد لأم والجد لأب والجدة لأب صح الزواج.

أما ان لم يبق من الاجداد والجدات أحد فى احدى الناحيتين فالموافقة تكون للناحية الاخرى وحدها.

موافقة مجلس العائلة :

إذا لم يوجد لراغب الزواج القاصر، أحد ممن سبق ذكرهم أو لم يكن أحد منهم قادرا على اعطاء الموافقة كان حق الموافقة على زواجه لمجلس العائلة (المادة ١٥٩) بعـد أن يثبت طالب الزواج عدم وجود مـن يصلح للموافقة على زواجه من والديه أو أصوله، ويكـون ذلك باقرار منه مؤيد باليمين أمام قاضى المصالحات أو مجلس العائلة.

الموافقة على زواج الأبناء بالتبنى:

لم يكن القانون المدنى يبيح تبنى غير البالغين ولذا لم تظهر فى نصوص مجموعة نابليون قواعد لتنظيم الموافقة على زواج القصر من الأبناء بالتبنى،

ولكن تبنى القصر أجيز بقانون سنة ١٩٢٣ وعندئذ ظهرت ضرورة تعيين من يلزم رضاؤهم بزواجه ، هل هم أهله الطبيعيون أم أهله بالتبنى ، وقد صدر قانون سنة ١٩٣٩ ليجعل للمتبنى الموافقة على زواج القاصر الذى يتبناه دون أهله الطبيعيين ، واذا كان التبنى من زوجين ، كان الخلاف بينهما بشأن الزواج مساويا للموافقة (المادة ٣٥١ مدنى) كما هو الحال بالنسبة للوالدين الطبيعيين.

الموافقة على زواج الأبناء غير الشرعيين :

تنص المادة ١٥٨ من المجموعة المدنية الفرنسية على أن الولد الطبيعى الذى يعترف به طبقا للقانون والذى لم يبلغ ٢١ سنة كاملة ، لا يستطيع أن يعقد زواجه إلا بعد الحصول على موافقة من اعترف به من والديه أو موافقتهما معا اذا كان الاعتراف منهما.

وعند انقسام الرأى بينهما تعتبر الموافقة على الزواج حاصلة ، اما اذا كان أحدهما قد توفى أو كان فى حالة لا تسمح له بالتعبير عن ارادته ، أو كان مجهول الاقامة لمدة سنة ، فيكتفى بالحصول على رأى الوالد الآخر.

أما اذا كان الوالدان قد توفيا أو كانا فى حالة لا تسمح بالحصول على رأيهما فان حق الموافقة لا ينتقل إلى الأجداد والجدات بل ينتقل فى الحالات السابقة وكذلك فى حالة ما تكون البنوة غير معترف بها طبقا للقانون إلى مجلس الوصاية الاقليمى باعتباره مجلس عائلة (المادة ٣٨٩ فقرة ثانية ، معدلة بالمرسوم بقانون الصادر فى سنة ١٩٣٩).

شكل الموافقة وخصائصها :

رأينا أن الموافقة على زواج القاصر قد تصدر من أحد الاصول (الوالدين أو الاجداد أو الجدات) أو من مجلس العائلة أو مجلس الوصايا والشكل الذى تصدر فيه هذه الموافقة فقد يختلف من حال إلى آخر كما نرى فيما يلى:

(أ) موافقة الأصول:

تصدر موافقة الأصل، عادة فى حفل الزواج فيرافق الأصل الذى يلزم إذنه بالزواج القاصر إلى مكان إتمام المراسيم ليدلى بموافقته شفاها أمـــام موثق الحالة المدنية في صورة جواب على سؤال يوجهه اليه الموثق. ولكن قد تعوق هذا الأصل عن الحضور بشخصه عوائق من المرض أو بعده عن مكان ابرام الزواج فى هذه الحالة يستطيع أن يصدر موافقته كتابة فى وقت يسبق بطبيعة الحال وقت عقد الزواج. ويستلزم القانون فى المادة ٧٣ من المجموعة المدنية الفرنسية أن تكون هذه الموافقة بورقة رسمية يحررهـــا الموثق العادى أو موثق الحالة المدنية واذا صدرت الموافقة مكتوبة يجب أن تتضمن تعيينا للشخص الذى يريد أن يتزوجه القاصر أى يجب أن تكون موافقة خاصة ولا يكفى ان تكون عامة ولذا لا يعتبر موافقة تصريح الاصل للقاصر «بأن يتزوج ممن يرغب» فهذا التصريح لا يعنى فى الواقع أكثر من اعفاء القاصر من الحصول على الموافقة وهو اعفاء غير جائز.

والموافقة تظل غير ملزمة حتّى اتمام مراسيم الزواج فلو كانت اعطيت يمكن لمن أصدرها الرجوع فيها ما دام الزواج لم يتّم اذا ما انكشف له بعد الموافقة ما يدعوه إلى هذا الرجوع وحقه فى الرجوع مطلق لا قيود عليه.

واذا مات من أصدر الموافقة قبل أن يتّم الزواج فان الموافقة تسقط ويلزم الحصول على موافقة من ينتقل اليه الحق فى ذلك بعده.

ويلاحظ أن القاصر ليس له الحق في التظلم أو الطعن بأى طريق ، في رفض أصله الموافقة على زواجه، ولذا فليس هذا الأصل ملزما بتسبيب رفضه.

(ب) موافقة مجلس العائلة او مجلس الوصايا :

فى هذه الحالة تصدر الموافقة دائما بالكتابة ويسلم سكرتير الجلســة صورة قرار المجلس بالموافقة لتقديمها للموثق وقرار هذه المجالس بالموافقة أو بالرفض نافذ بلا حاجـــة إلى تصديق المحكمـــة كما انه نهائى لا يجوز

توجيه أي نوع من الطعون اليه وهو، كموافقة الاصول ، قابل للرجوع فيه اذا أصدر المجلس قرارا لاحقا بسحبه قبل اتمام مراسيم الزواج.

زواج القصر في القانونين الايطالي واليوناني :

يستلزم كل من القانون الايطالى والقانون اليونانى لصحة زواج القاصر أن يوافق عليه من له السلطة الابوية كما هي الحال في القانون الفرنسي، ولكن هناك خلافات بين قواعد هذين القانونين وقواعد القانون الفرنسي ، كما أن تنظيمهما للموافقة يعتبر بصفة عامة، أقل تعقيدا من تنظيمها في القانون الفرنسي.

(أ) القانون الايطالي :

وتنظم الموافقة على زواج القاصر. في القانون الايطالى المادة ٩٠ من المجموعة المدنية التي تنص على ما يأتي:

لا يستطيع القاصر أن يبرم عقد زواجه بغير موافقة من له السلطة الابوية أو الوصاية عليه.

وتلزم موافقة قيم القاصر المحرر على زواجه. اذا كان هذا القيم أحد والديه.

واذا لم تحصل الموافقة شخصيا أمام موثق الحالة المدنية الذى قدم اليه طلب شهر الزواج،فيجب أن تكون بمحرر رسمى أو ورقة عرفية مصدق عليها. وان تتضمن بيان اسم كل من المقبلين على الزواج. سواء من تلزم الموافقة على زواجه أو الآخر.

واذا رفض من تلزم موافقته اعطاءها يمكن أن يصرح وكيل النيابة العامة لدى محكمة الاستئناف باتمامه اذا بررت ذلك أسباب خطيرة.

ويمكن لوكيل النيابة أن يعين قيما يكلف بمعاونة القاصر على اتمام اتفاقات الزواج المالية.

ومن هذا النص يظهر أن حق الموافقة يكون لمن تكون له السلطة الابوية. وهذه تكون للأب طول حياته ، فان مات أو كان حيا ولكنه بعيدا أو وجد أى عائق آخر يجعل من المستحيل عليه مباشرة السلطة الابوية تنتقل هذه السلطة للأم (المادتان ٣٢٦ و ٣١٧ من المجموعة المدنية الايطالية).

واذا لم يكن من الممكن الحصول على موافقة الأب والام لموتهما أو لأى سبب آخر – كان حق الموافقة للوصى على القاصر. وفى هذا يختلف القانون الايطالى عن القانون الفرنسى الذى يجعل الموافقة لمجلس العائلة لا للوصى اذا لم يوجد للقاصر أصل قادر على منحها.

ويلاحظ أن السلطة الابوية يمكن أن تنقضى بتحرير القاصر اذا بلغ سن الثامن عشر (المادة ٣٩١) ويكون للقاصر عندئذ قيم يتولى شئونه (المادة ٣٩٢) ويجب على القاصر المحرر أن يحصل على موافقة هذا القيم لاتمام زواجه ان كان القيم أحد والديه فان لم يكن أحد الوالدين لم تكن هناك حاجة للحصول على موافقته على الزواج.

واذا رفض من تلزم موافقته اعطاءها كان للقاصر أن يتظلم من هذا الرفض ولوكيل النيابة أن يحل محله فى منح الاذن اذا قامت لذلك أسباب خطيرة، وهذا الحكم يخالف المأخوذ به فى القانون الفرنسى حيث لا وسيلة للتظلم ممن رفض الموافقة ممن يملكها و لو كان مجلس العائلة.

ومن الفقرة الثالثة من المادة ٩٠ يتبين أن الموافقة اما أن تتم أثناء مراسيم الزواج شفاها واما أن تصدر مكتوبة، وعندئذ يلزم أن تثبت فى محرر رسمى أو عرفى مصدق عليه ، كما يجب أن تتضمن تعيينا لكل من الزوجين بحيث تعتبر موافقة خاصة كما هو الحال فى القانون الفرنسى.

واذا علمنا أن امكان الرجوع فى الموافقة الصادرة قبل وقت إتمام المراسيم أساسه أن لزومها يكون فى هذا الوقت فاننا نستطيع القول بأن الرجوع فى الموافقة قبل إتمام الزواج جائز فى القانون الايطالى جوازه فى

القانون الفرنسي.

(ب) القانون اليوناني :

تنص المادة ١٣٥٢ من المجموعة اليونانية على أن القاصر الذى ليست له مباشرة التصرف القانونية له أن يبرم زواجه بموافقة من يباشر عليه السلطة الابوية أو أمه ان كان لها حضانته، أو الوصى أو القيم عليه وفي حالة رفض هؤلاء يجوز للمحكمة بعد سماع أقرب أقرباء القاصر اذا كان حضورهم ممكنا أن تأذن بالزواج اذا استوجبته مصلحة القاصر.

فالأصل أن حق الموافقه على زواج القاصر لابيه، ان كان موجودا باعتباره صاحب السلطة الابوية الا اذا كان عاجزا عن مباشرة هذه السلطة وحلت الام محله فيها (المادة ١٥٠٠ يوناني) فيكون حق الموافقة للام أيضا اذا تقررت حضانتها للقاصر بعد ابطال الزواج أو انحلاله بالطلاق طبقا لحكم المادة ١٥٠٣ والمادة ١٥٠٥ من المجموعة المدنية اليونانية.

ويلاحظ أن القاضى اليوناني يجعل حق الموافقة لكل من الوصى والقيم على القاصر، كما انه يرسم طريقا للتظلم ممن رفضها ويجعل للمحكمة أن تأذن بالزواج اذا كان محققا لمصلحة القاصر.

القانون السوداني :

لم يكن هنالك تشريع يقيد الأولياء اذا ما أرادوا تزويج من فى ولايتهم من الصغار حتّى صدر المنشور رقم ٥٤ لسنة ١٩٦٠ فمنع الأولياء من زواج القاصرة حتّى تبلغ من العمر عشر سنوات ويخشى عليها الفساد وباذن من القاضى ونص المادة كالاتى:

« المادة (٨) القاصرة اذا خيف فسادها وتمت عشر سنوات تزوج بعد إذن القاضى ويشترط قبولها بالزوج كما يشترط أن يكون الزوج كفؤا لها والمهر مهر مثلها والجهاز مناسبا »

المفهوم المخالف لهذه المادة «أن القاصر اذا كانت أقل من عشر سنوات

لا تزوج أبدا. وان خيف فسادها . وليس للقاضي أن يأذن بزواجها وليس لوليها المجبر حق تزويجها لا قبل بلوغها سن العاشرة ولابعده(١).»

القانون المصري :

لم يكن هناك تشريع يقيد الأولياء اذا ما أرادوا تزويج من في ولايتهم من الصغار حتى صدر القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٢٣ فمنع الموثقين من توثيق عقد الزواج إلا اذا ثبت لديهم أن سن الزوجة لا تقل عن ١٦ سنة وسن الزوج لا يقل عن ١٨ سنة . وقرر عدم سماع دعوى الزوجية اذا كانت سن احد الزوجين عند انشاء العقد دون هذه السن ولو كانت عند التقاضي لا تقل عن هذه السن.ولكن رؤى تيسيرا على الناس وصيانة للحقوق واحتراما لآثار الزوجية أن يقصر المنع من السماع على حالة واحدة،وهي ما اذا كانت سنهما أو سن أحدهما وقت الدعوة أقل من السن المحددة،وذلك في القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ وقد بنى هذا التشريع على انه لولي الأمر سلطة تخصيص القضاء بالزمان والمكان وعلى ذلك منع القضاة من سماع دعوى الزوجية أو أي أثر من آثارها ماعدا النسب.ومن المفهوم أن القانون لم يتعرض لصحة الزواج ونفاذه في هذه السن،بل ترك حكمه كما هو. وانما منع توثيقه أو سماع الدعوى به فقط وذلك غير مقيد بحال الانكار(١)

---

(١) يراجع المنشور رقم ٥٤ الصادر بتاريخ ١٩٦١/٥/٢٨ محكمة عموم السودان الشرعية.

(١) من كتاب النيابة عن الغير في التصرف للاستاذ الشيخ علي الخفيف ص ٤٧

الفصل الثاني

احكام الغيبة والعضل والرضي

المبحـــث الاول

غيبة الولي واحكامها.

الغيبة القريبة عند المالكية :

الغيبة القريبة هي التى تقدر بعشرة أيام ذهابا وايابا بوسائل الموصلات القديمة.

وللحاكم أن يوقف الزواج عنها ويكتب إلى وليها، وللأقرب والحاكم أيضا رد النكاح مالم يطل الزمان بعد العقد وقبل الدخول، فالولى الخاص غير المجبر مخير في الرد وعدمه لقول ابن القاسم فى المدونة « ان أجازه الولى بالقرب جاز سواء دخل أم لا، وان أراد فسخه بحدثان الدخول فذلك له. أما اذا طالت اقامتها معه وولدت الأولاد، أمضيته ان كان صوابا قاله مالك خلافا لابن سعدون(١) ».

ويفهم من كتاب استاذنا المرحوم الشيخ معوض مصطفى سرحان فى الأحوال الشخصية.

ان النكاح يفسخ مطلقا اذا تم بولاية غير المجبر فى غيبة المجبر القريبة، اذا كان المجبر الغائب يقوم بالنفقة على موليته ولم يخش عليها الفساد ولم يقصد عضلها والحاق الضرر بها وكان الطريق مأمونا.

هذا فى المجبرة أما فى غير المجبرة فللحاكم أن يزوجها ولو غاب الولى مسافة قريبة كمسافة ثلاثة ليالى اذا كان الزوج كفأ لها.

الغيبة البعيدة عندهم:

الغيبة البعيدة هى ما استغرق زمن الوصول إلى الغائب ثلاثة شهور

بوسائل المواصلات القديمة (٢).

للحاكم مع عدم وجود الولى الخاص غير المجبر أو لغيبته غيبه بعيدة أن يزوج الشريفة، وله أن يرد زواجها اذا تزوجت بالولاية العامة وله أن يجبرها.

وللحاكم أن يزوج إبنة المجبر اذا غاب عنها غيبة بعيدة أيضا.

وليس للحاكم أن يزوج المجبرة اذا كان يرجى قدوم المجبر الذى بعدت غيبته ما دام يرجى قدومه بسرعة إلا اذا خيف فسادها أو انقطعت نفقتها.

والغائب الذى لا يعلم موضعه كالأسير والمفقود اذا لم يعلم له خبر نزل منزلة موته، وتنتقل الولاية لمن بعده على المشهور لا للحاكم وحكى ابن رشد على أنه كذى الغيبة البعيدة لا يزوج ابنته إلا الحاكم (١).

الغيبه المنقطعه عند الحنفية :

الغيبة المنقطعة عند الأحناف هى التى تكون الى بلد لا تصل اليها القوافل فى السنة إلا مرة واحدة، وهذا اختيار القدورى، وقيل اذا سافر إلى موضع لو انتظر حضوره منه لاستطلاع رأيه يفوت الكفء.

وقال قاضيخان فى الجامع الصغير لو كان مختفيا فى المدينة بحيث لا يوقف عليه تكون غيبته منقطعة وهو رأى حسن.

ومن المشايخ من قال: الغيبة المنقطعة أن يكون الولى متجولا من موضع إلى موضع فلا يوقف على أثره أو يكون مفقودا لا يعرف خبره، وقيل أدنى مدة السفر لأنه لا نهاية لأقصاه وبعضهم حدد فقال أبو يوسف مثلما قال زفر «ما بين جابلقا إلى جابلسا» وهما قريتان احداهما بالمشرق والأخرى بالمغرب

---

(١) يراجع الخرشى على خليل جـ ٣ ص ١٨٢ ، ١٨٣

(٢) وغايتها كما قال مالك مسافة افريقيا أى القيروان وعند ابن رشد ابتداؤها مصر والمسافة بينهما نحو ثلاثة أشهر وبين المدينة والقيروان أربعة أشهر.

وقال محمد فى رواية «ما بين الكوفة إلى الرى».

إذا غاب الولى الأقرب غيبة منقطعة جاز لمن هو أبعد منه أن يزوج لأن الولاية نظرية عندهم، وليس من النظر التفويض إلى من لا ينتفع برأيه ففوض للأبعد لأنه أولى من السلطان وليس للأقرب الغائب أن يزوجها حيث هو لأن ولايته انقطعت بالغيبة، ولأنه لو جاز عقده حيث هو لأدى ذلك إلى مفسده لأن الحاضر لو زوجها بعد تزويج الغائب بعدم علمه لدخل بها الزوج وهى فى عصمة غيره.

هذا خلافا لزفر الذى يقول لا يجوز لأن ولاية الأقرب فى نظره قائمة لأنها ثبتت حقا له صيانة للقرابة فلا تبطل بالغيبة، وعنده لو زوج الأقرب موليته حيث هو جاز ولا ولاية للأبعد مع ولايته، وتبقى موليته لا يزوجها أحد حتى تبلغ لأن الأقرب على ولايته.

الغيبة البعيدة عند الشافعية :

الغيبة البعيدة هى ما كانت إلى مرحلتين أو أكثر وطالت معها غيبة الولى وجهل محلـــه وحياته ولم يحكم بموته وليس له وكيل حاضر يزوج موليته، فان الزواج يكون للسلطان لا للولى الأبعد لبقاء أهلية الغائب ولأن الأصل بقاؤه.

والأولى عند الشافعية أن يأذن السلطان للأبعد أو يستأذنه خروجا مـــن الخلاف.

الغيبة القريبه عند الشافعية :

الغيبة القريبة عند الشافعية هى ما كانت دون مسافة القصر.

اذا ظهر عندهم ببينة أو بحلف أن الـــولى غاب غيبـــة قريبة فان زواج

---

(١) أما جنون الأب غير المطبق أو حبسه لا تزول معهما الولاية لأن برأ المجنون وخروج المحبوس مرجوان بخلاف المجنون جنونا مطبقا فوصيه أو الحاكم يزوج بنته كيتيمة.

السلطان لا يصح إلا إذا أذنه الولى الأقرب لأن الولى الأقرب بمنزلة المقيم بالبلد.

ليس للسلطان أن يزوج موليه الغائب غيبة قريبة إلا اذا تعذر اذنه لنحو خوف أو تضرر بفوات كفء راغب.

هذا وتصدق طالبة الزواج فى غيبة وليها وخلوها من الموانع بقولها ، وان كان يستحب طلب بينة منها بذلك والا فتحليفها احتياطا للانكحة لأنها لم تأذن للغائب ان كان ممن لايزوج إلا باذن وانه لم يزوجها فى الغيبة ، إن الحت فى الطلب ورأى القاضى التأخير.

وقد اختلفوا فى ايجاب هذا اليمين واستحبابه.

الغيبة المنقطعة عند الحنابلة :

الغيبة المنقطعة عندهم هى التى يكون السفر فيها إلى موضع لا يصل إلى الولى فيها كتاب أو يصل ولا يستطيع الاجابة عليه.

وقيل حد المسافة أن لا تتردد القوافل فيه فى السنة إلا مرة واحدة، وقيل المسافة التى تقصر فيها الصلاة، وقيل الغيبة التى لا تدرك الا بكلفة ومشقة، وهذا القول الأخير قول أحمد ولعله هو الأقرب إلى الصواب لأن التحديدات بابها التوقيف ولا توقيف فى المسافة فترد الى ما تعارفه الناس بينهم مما لم تجر العادة بالانتظار فيه لما يلحق المرأة من الضرر بمنعها من التزويج فى مثله.

ويجوز للأبعد من عصبتها عندهم تزويجها دون الحاكم لأن الأقرب تعذر التزويج منه فتثبت الولاية لمن يليه من العصبات كما لو جن أو مات. ولأنها حالة يجوز فيها التزويج لغير الأقرب فكان ذلك للأبعد كالأصل ، واذا عضلها الأقرب فهو كمسألتنا وفى حال عدم الأقرب فالسلطان لأن السلطان ولى من لا ولى له.

المحبوس والاسير :

ومثل الغائب غيبة منقطعة عندهم المحبوس والأسير في مسافة قريبة لا تمكن معها مراجعته لأن البعد لا يعتبر لغيبته بل يعتبر لتعذر الوصول إلى التزويج بنظره وهذا الأمر موجود هنا.

ومثلهما أيضا من كان غائبا ولا يعلم أقريب أم بعيد أو لا يعلم مكانه.

المبحث الثـــانى
« احكام العضل »

عضل الولي موليته عند المالكية :

لا يعتبر الأب عاضلا اذا رد الخاطب لبنته البكر صغيرة أو كبيرة مجبرة مرة أو مرتين لأن الأب مجبول على الحنان والشفقة ببنته،والبكر تجهل فى الغالب مصالح نفسها ، فرده يحمل عـــلى أنه ربما علم مـــن حالها أو حال الخاطب مالا يوافق المصلحة ، مالم يتحقق الحاكم أن الاب قصد برده الخاطب الاضرار بابنته البكر ، فيقول له (١) «اما أن تزوج وإلا زوجناها عليك».

ويعتبر غير الأب المجبر (اذا رد الخاطب الكفء لغير المجبرة) عاضلا من أول مرة ومثله الوصى خلافا لمن يرى أنه كالأب.

وللثيب التى رد وليها خاطبها الكفء أن ترفع أمرها للحاكم وللحاكم أن يزوجها بعد أن تأذن بالقول ، لانها اذا رضيت بالكفء وجب عليه تزويجها ولو كان يريد لها كفأ غيره، لأن ذلك أدعى لدوام العشرة،وامتناعه عن تزويجها من غير أن يبدى سببا صحيحا يعتبر عضلا واضرارا بهـــا، واصراره على الامتناع ظلم يقتضى أن يتولى القاضى أمر تزويجها باعتباره نائبا عنه بحكم الشرع ولأنه نصب لرفع المظالم(١).)

عضل الولي موليته عند الحنابله :

العضل هو منع المرأة من التزويج بكفئها اذا طلبت ذلك ورغب كل واحد منهما فى صاحبه ولو بأقل من مهر المثل (وذلك لأن معقل بن يسار زوج أختا له لرجل فطلقها حتّى اذا انقضت عدتها جاء يخطبها ، فقال له زوجتك وأفرشتك واكرمتك فطلقتها ، ثم جئت تخطبها ، لا والله لا تعود

(١) الخرشى جـ ٣ ص ١٨٩

اليك أبدا ، وكان رجلا لا بأس به ، وكانت المرأة تريد أن ترجع اليه، فأنزل الله هذه الآية (ولا تعضلوهن) فقلت، الآن افعل يا رسول الله ، قال ، زوجها اياه (٢).

فالمرأة اذا عضلها الولى الاقرب انتقلت الولاية عند الحنابلة إلى الابعد نص على ذلك أحمد،وعنه رواية أخرى أن الولاية تنتقل إلى السلطان وقد اختارهذا الرأى الأخير أبو بكر.

والرأى الأول هو الصحيح، لأنه اذا تعذر التزويج من جهة الأقرب يمكن الأبعد كما لو جن الأقرب، ولأن الولى العاضل يفسق بالعضل والفاسق عندهم تنتقل ولايته للأبعد كما لو شرب الأقرب خمرا ولأن الولاية تعتبر لها العدالة وقد زالت بعضله موليته بغير وجه حق.

هذا واذا عضل الأولياء كلهم زوج الحاكم لقوله صلى الله عليه وسلم « السلطان ولى من لا ولى له» ومن الممكن حمل هذا الحديث على ما اذا عضل كل الأولياء (١).

عضل الولي موليته عند الشافعية :

يرى الشافعية أن الولى اذا عضل موليته واشتجر معها فالولاية للسلطان لقوله صلى الله عليه وسلم « فان اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له» ولأن ذلك حق عليه امتنع من آدائه فقام الحاكم مقامه كما لو كان عليه دين وامتنع من قضائه.

---

(١) النيابة عن الغير فى التصرف للاستاذ الشيخ على الخفيف ص ٢٠

(٢) رواه البخارى.

(١) المغنى لا بن قدامة جـ ٦ ص ٤٧٦ ، ٤٧٧

المبحث الثـــالث

« ما يكون به الرضى في الزواج »

مايكون به رضى البكر عند الحنفية :

يكون رضى البكر الصغيرة والكبيرة والثيب الصغيرة اذا استأذنها وليها وذكر لها الزوج على وجه تقع به المعرفة كالسكوت او الضحك لقوله صلى الله عليه وسلم (البكر تستأمر في نفسها فان سكتت فقد رضيت) ولأن جانب الرضى في السكوت أرجح، لأن البكر تستحي عادة من اظهار الرغبة في النكاح، ولأن الضحك أدل على الرضى من السكوت،بخلاف ما اذا بكت لأن البكى يدل على السخط والكراهية ، وقيل ان الضحك نوعان ضحك للاستهزاء بما سمعت وهذا يدل على عدم الرضى ، وضحك بلا صوت وهو يدل على عدم الرد وان كان لا يدل على الرضى صراحة .

هذا وقيل ان المراد بالسكوت الاختيار وان كانت لا تعلم أن سكوتها رضى ، لا الاضطرار مثل أن تصاب بسعال أو عطاس أو يمنع فمها مـــن النطق مانع ، وعلى أي حال فان المعول عليه عند الحنفية قرائن الأحوال في البكاء والضحك فان تعارضت القرائن أو أشكلت احتيط عن ذلك بما يرى أنه أقرب الى جانب الرضى.

أما اذا استأذنها غير الولى أو ولى أبعد فلابد لرضاها من القول والنطق ، والحنفية لا يشترطون في الاستئذان تسمية المهر لأن النكاح صحيح بدونه وقيل يشترط لاختلاف الرغبة باختلاف الصداق والصحيح الاول وهو الأوجه.

مايكون بـــه رضى الثيب :

يكون رضى الثيب الكبيرة اذا استأذنها وليها بالقول لقوله صلى الله عليه وسلم « الثيب تشاور » ولأن النطـــق لا يعـــد عيبا منها وذلك لأن الثيب

بالممارسة يقل عندها الحياء، ولأنه لابد من طلب رأيها لحديث أبي هريرة القائل «لاتنكح الايم حتى تستأمر.» والأمر يكون بالقول لا بغيره مثل أن تقول لوليها صراحة رضيت، أو بارك الله لنا، أو أحسنت، أو تقول له دلالة كأن تطلب المهر أو النفقة أو تمكينها من الوطء أو تقبل التهنئة أو تضحك سرورا لا استهزاء(١).

مايكون به رضى البكر(٢) عند الحنابلة :

أما البكر الصغيرة فيزوجها الولى المجبر بغير اذنها وان كرهت واذنها الصمات،فان نطقت كان أبلغ وأتم فى الاذن وهذا اذا زوجت من كفء لقوله تعالى (واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن ...) فجعل الله تعالى للائى لم يحضن عدة وهى ثلاثة أشهر ولا تكون هذه العدة إلا من الطلاق فى نكاح أو فسخ فدل ذلك على أنها تزوج وتطلق ولا اذن لها يعتبر، ولقول عائشة رضى الله عنها «تزوجنى النبى(ص) وانا ابنة ست وبنى بى وأنا ابنة تسع» متفق عليه ومعلوم أنها لم تكن فى تلك الحالة ممن يعتبر اذنها.

وروى الأثرم أن قدامة بن مظعون تزوج إبنة الزبير حين نفست فقيل له فقال «ابنة الزبير ان مت ورثتني وان عشت كانت امرأتي» وزوج على ابنته أم كلثوم وهى صغيرة لعمر بن الخطاب رضى الله عنهما.

أما البكر البالغة ففيها روايتان:

---

(١) يراجع كتاب فتح القدير ج ٢ ص ٣٩٨ فما بعدها

(٢) المغنى ج ٦ ص ٤٩٠
روى عن أحمد باسناده عن عائشة أنها قالت «اذا بلغت الجارية تسع سنين فهى امرأة» وفي المذهب الحنبلى روايتان احداهما أنها كمن لم تبلغ وهو قول مالك والشافعى وأبى حنيفة وسائر الفقهاء لأنها لم تبلغ ولأن اذنها لا يعتبر فى سائر التصرفات والرواية الثانية حكمها حكم البالغة لا تنكح إلا بأذنها وان أبت فلا جواز عليها وقد انتفى به الاذن فيمن دونها فيجب حمله على من بلغت تسعا.

احداهما، للولي المجبر تزويجها بغير اذنها كالصغيرة وهذا مذهب مالك والشافعي وإبن أبي ليلى واسحق لقوله صلى الله عليه وسلم «الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن واذنها صماتها».

والثانية، ليس لــه ذلك واختارها أبو بكر وهــو مذهب الأوزاعي والثوري وغيرهما لما روى أن النبي صــلى الله عليه وسلم قال «لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن» فقالوا يا رسول الله فكيف اذنها؟ قال «أن تسكت» متفق عليه.

هذا والراجح عند الحنابلة أن البكر البالغة يستحب استئذانها لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر به ونهى عن النكاح بدونه ولانه فيه تطييب لقلبهــا وخروج مــن الخلاف ولقوله صــلى الله عليه وسلم «استأمروا النساء في ابضاعهن فان البكر تستحي فتسكت فهو اذنها». متفق عليه (١).

مايكون بــه رضى الثيب :

أما الثيب عند الحنابلة فاذنها يكون بالكلام ولا يعلم عندهم بين أهل العلم من خالف في ذلك لأن اللسان هو المعبر وأيضا للخبر الذي ورد فــي هذا الصدد.

مايكون به رضى البكر واذنها عند الشافعية :

ان البكر صغيرة أو كبيرة عاقلة أو مجنونة تزوج عندهم بغير رضاها

---

(١) المغني جـ ٦ ص ٤٩١

روى عن عطاء قال (كان النبي صلى الله عليه وسلم يستأمر بناته اذا أنكحهن قال كان يجلس عند خدر المخطوبة منهن فيقول ان فلانا يذكر فلانة. فان حركت الخدر لم يزوجها وان سكتت زوجها.

هذا ويستحب استئذان المرأة في تزويج ابنتها لقوله صلى الله عليه وسلم «آمروا النساء في بناتهن» ولانها تشارك الولي في النظر لابنتها وتحصيل المصلحة لها ولشفقتها عليها هذا وفي استئذانها تطييب قلبها وارضاء لها.

ومن غير أن تأذن قال صلى الله عليه وسلم « الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر يزوجها أبوها».

ويستحب استئذانها اذا كانت بالغة تطيبيا لقلبها لقوله صلى الله عليه وسلم « والبكر يستأمرها أبوها».

أما الصغيرة غير البالغة فلا اذن لها عنده وندب عند بعضهم استئذان المميزة.

هذا ويستحب عندهم عدم تزويج الصغيرة غير البالغة إلا لحاجة أو مصلحة.

مايكون بــه رضى الثيب :

الثيب البالغة العاقلة لا تزوج إلا بإذنها لخبر مسلم « الثيب أحق بنفسها من وليها » لأنها بممارسة الرجال زالت غباوتها وعرفت ما يضرها وما ينفعها منهم.

أما الصغيرة العاقلة غير البالغة فانها لا تزوج حتى تبلغ لوجوب اذنها، واذنها متعذر مع صغرها، بخلاف الثيب المجنونة فانها تزوج مطلقا.

مايكون به رضى البكر واذنها عند المالكية :

البنت البكــر المجبرة يكون رضاها بالقــول أو الضحك أو البكاء أو السكوت « الصمت».

ومنعها أيضا يكون بالقول أو النفور أو البكاء الدال على المنع أو الضحك الدال على الاستهزاء .

ويكفى فى رضا البنت البكر البالغ غير المجبرة (كالتى مات أبوها مثلا أو فقد أو أسر أو غاب غيبة بعيدة أو نحو ذلك) صمتها ولا يشترط نطقها لأن العادة المطردة تجرى عــلى أن أكثر الابكار يمتنعن من النطق فى مثل هذه الظروف، لما يلحقهن من الحياء، ولئلا تنسب فى ذلك الى الميل للرجال.

وكما يكتفى بصمتها فى رضاها بالزواج والصداق يكتفى بـه فى تفويضها لوليها فى تولى عقد نكاحها اذا كانت حاضرة ، لأن الولى غير المجبر لا يعقد الا بتفويض منها له عند ابن القاسم.

ويستحب اخبار البكر ان صمتها رضا واذن بالزواج وأن جهلها بذلك لا يقبل فى تأويل الأكثر من الأشياخ لشهرته.

واذا نطقت أو غيرت منعت البكر بما يدل على امتناعها عن الزواج عند استئذانها لا تزوج حتّى ولو عرفت بالبله، لئلا تضيع فائدة الاستئذان (١).

مايكون به رضى الثيب عند المالكيه:

لا يكون رضى الثيب بالزواج أو امتناعها عنه إلا بالقول باتفاق.

ويرى إبن القاسم انها ان كانت حاضرة فى مجلس العقد يكفى سكوتها ومثلها بكر رشدها أبوها أو وصيه بعد بلوغها،وكذا بكر مجبرة عضلها أبوها وزوجها الحاكم ،بخلاف ما اذا أمر الحاكم أباها بتزويجها فللأب جبرها ولا يحتاج لاذنها،وبكر مجبرة زوجت برقيق غير كفء أوبذى عيب غير كفء كمجنون أو أبرص أو مجذوم أو زوجت بعرض ولا أب لها ولا وصى ينظر فى مالها فلابد من نطقها ، لانها بائعة ومشترية والبيع والشراء لايلزم فيهما الصمت على حد تعبير المالكية ؛ أو يتيمة بلغت عشرة سنوات زوجها الحاكم خشية فسادها أو غير مجبرة افتات عليها وليها غير المجبر فلا بد من نطقها لتدفع عن نفسها الاعتداء على حقها (١).

المبحث الرابع

احكام المفتات عليها.

المفتات عليها :

هى التى تعدى عليها وليها فزوجها بدون رضاها وكانت غير مجبرة،

---

(١) يراجع الخرشى جـ ٣ ص ١٨٤ ، ١٨٥

وزواجها يصح بشروط منها:

١ ــ أن ترضى بالنطق بعقد نكاحها.

٢ ــ أن يقرب رضاها من زمن العقد ــ كالمسافة بين المسجد محل العقد وبيت المفتات عليها ــ من اليوم نفسه.

وقيل يصح ولو بعد الزمن.

٣ ــ وأن تكون المرأة المفتات عليها من نفس البلد الذى وقع فيه الافتيات.

٤ ــ وان لا يقر الولى بالافتيات حال العقد بل يدعى اذنها أو يسكت، أما اذا أقر به فان العقد يفسخ أبدا وان كان رضاها بقرب العقد.

٥ ــ وأن لا ترد المفتات عليها النكاح قبل رضاها فان ردت فان رضاها بعد ذلك لا يعتبر وان قرب من العقد. هذا والافتيات علي المعقود لهما معا يفسخ العقد ولو وجدت كل الشروط.

---

(٢) يراجع الخرشي ص ١٨٥

المبحث الخامس

الرضي والاذن في التشريع المسيحي

رضا الزوجين عند المسيحين هو جوهر العلاقة الزوجية وركنها الأساسي ولا يغني عن ارادة الزوجين ارادة أخرى مهما كان مصدرها.

١ ـ لا ينعقد الزواج بارادة ولى النفس وحده ولوكان الزوجان صغيرين.

٢ ـ لاينعقد باجراء الطقوس الكنيسية وحدها.

٣ ـ لاينعقد بأى ارادة أخرى بشرية غير الزوجين.

وعلى هذا المبدأ نصت قوانين الأحوال الشخصية للاقباط الأرثوذكس (لا زواج إلا برضا الطرفين) والكاثوليك (يقوم الزواج بالرضى .. ولا يستطيع أى سلطان بشرى كان أن يعوضه).

ويقول الانجليز فى قانونهم :(لا يجوز أن يعقد الزواج إلا بعد الرضا بالايجاب والقبول من الزوجين).

من المقرر أن الرشيدين ليس لاحد ولاية على انفسهما لكل منهما أن يزوج نفسه والولاية على النفس تنتهى بانتهاء السن المقرر لها وهو مختلف بين المذاهب المسيحية.

عند الأقباط الأرثوذكس :٢١ سنة الآن وكان ٢٥.

اذا كانت الولاية قائمة، والصغير قد بلغ سن الزواج فألامر فيه خلاف

الرضى والاذن عند الكاثوليك : اذا بلغ الصغير سن الزواج (١٦ للرجل ١٤ للبنت) يستطيع أن يزوج نفسه ولو بغير اذن وليه.

وهذا المبدأ قرر نتيجة تطور طويل.

فقد كان القانون الروماني يشترط رضا رب الأسرة بالنسبة لمن يعيشون فى كنفها من أبناء وبنات مهما بلغ سنهم بالاضافة لرضا الاب بالنسبة للذكور.

وسارت الكنيسة على هذا طوال قيام الامبراطورية الغربية.

وكانت القبائل الالمانية – التي وجدت الكنيسة نفسها ازاءها بعد انتهاء الامبراطورية تفرق بين الفتى والفتاة، فالفتى أمره إلى نفسه منذ سن البلوغ دون حاجة إلى رضا أبيه أو وليه، والفتاة تخضع للأسرة خضوعا كاملا مهما بلغ سنها وليس لها أن تفرض فأقرت الكنيسة مبدأ حق الفتى.

ولم تقبل مبدأ اخضاع الفتاة وقررت أن الفتاة متى بلغت سنا معينا فلا يجوز تزويجها إلا بارادتها، وأنها تستطيع الرفض ولو كانت دون هذه السن. ولقيت الكنيسة صعوبة في اقرار المبدأ لمخالفة العرف.

ذهب الراهب جيراشيان الي: انه وان لم يكن للاباء تزويج الابناء إلا برضاهم مهما كانت سنهم. فان زواج هؤلاء الصغار لا يكون صحيحا بدون رضى اوليائهم.

ولم يسد رأيه حيث عارضه الاسقف بيرلومبارد وذهب بير إلى أن الزواج المسيحى لا يخضع لأى سلطة خارجية ولو كانت سلطة الابوين.

وقاعدته تتألف من شقين:

١ – رضا الزوجين جوهر العلاقة الزوجية و ركنها الأساسى.

٢ – رضا الابوين أو أولياء النفس وان لم يكن لازما للانعقاد إلا أنه من المقومات التي يستلزمها ما يجب أن تحاط به هذه العلاقة المقدسة من توقير واحترام.

قبلت كنسية روما هذا وسارت عليه إلى اليوم. وبررته بأن الزواج سر كنسى والشخص يستطيع ممارسة الاسرار متى بلغ – والبالغ والبالغة تستطيع الرهبنة ولو بغير رضا الولى فكذلك الزواج. وبهذا حدت من سلطة الاباء التي وصلت حينذاك إلى حد بيع الابناء.

رفض مجمع ترنت – في القرن ١٦ المنعقد لمراجعة القانون الكاثوليكى –

اقتراحا بتقرير بطلان الزواج الذى يعقده الصغيران بغير رضا والديهما قبل ١٨ للفتى و ١٦ للفتاة بحجة أن هذا الاقتراح:

١ – ينافى الحرية الكاملة للشخص فى ممارسة ما يعد عقيدة.

٢ – يخالف القانون الطبيعى مادام هذان يستطيعان ممارسة الفعل الزواجى.

٣ – قد يؤدى هذا إلى مقارفة الزنى.

استقر المبــدأ فى الكاثوليكية واعتبر سن الــزواج (١٦ – ١٤) دون اشتراط رضا الولى.

واكتفت الادارة الرسولية بالنص على أنه:

(وان صح عقد الزواج بعد السن المذكور فليحرص مع ذلك رعاة النفوس ان يرغبوا عنه الشبان اذا طلبوه قبل السن التى ألف الناس فيها عقده حسب القواعد المرعية فى كل بلد)

كما نص القانون ٢٤ على أن الكاهن يتعين عليه أن يحرص على نصح الاولاد القاصرين على أن لا يعقدوا الزواج دون علم والديهم أو بالرغم منهم اذا لم يوافق هؤلاء على الزواج عن صواب، واذا لم يذعنوا فلا يحضر زواجهم مالم يسبق ويستشير الرئيس الكنيسى بعدم الانصياع لنصح الكاهن، ولايترتب عنه الا تأخير عقده اذا رأى الرئيس الكنيسى ان لا يأذن للكاهن.

رضى ولي النفس عند الكنائس الشرقية :

لابد من رضى ولى النفس وان كان رضاه وحده لا يكفى لابرام العلاقة الزوجية وقد جرت فى هذا على سنن القانون الرومانى الذى كان يشترط رضا رب الأسرة.

ولم تتحول الكنائس الشرقية عن هذا إلى اليوم.

رضى الولي عند الاقباط الارثوذكس :

يشترطون رضا الولى الشرعى اذا لم يبلغ الزوج والزوجة ٢١ سنة، ثم

حدت هذه الكنائس من اطلاق هذه القاعدة فأوجبت الاحتكام إلى السلطة الدينية حين اختلافهم فى سن الصغير، وكان هذا الاحتكام مقررا منذ العهد التقليدى للقانون الكنيسى المصرى أورده ابن العسال والبطريك كيرلس ابن لقلق، وكان المقرر أن الولاية تنتقل للارشد من العائلة اذا غاب ولى النفس وأن الحاكم هو ولى من ولاية له (١).

الرضى فى بعض القوانين الاوربية :

فى القانون الفرنسى كل من لم يبلغ الواحدة والعشرين يعتبر قاصرا لا يستطيع أن يستقل بتزويج نفسه برضاه منفردا، بل يلزم بأن يحصل على موافقة أهله اذا ما أراد الزواج بشرط أن يكون أيضا قد بلغ سن الزواج وهى ثمانية عشرة سنة للذكر وخمسة عشرة سنة للانثى، وان الحكمة فى موافقة أهلـه هى تحقيق حمايته لا سيما وأن الزواج ارتباط يستمر طول الحياة وينشىء علاقة بين الأسر، وعلى موثق العقد أن يثبت موافقة الأهل فى وثيقة الزواج. وقد تكفى موافقة أحد الوالدين فان لم يكونا على قيد الحياة ينتقل حق الموافقة إلى الأجداد والجدات فان لم يوجد واحد منهما فلمجلس العائلة ينتقل هذا الحق.

وفى القانون الايطالى واليونانى يلزم لصحة زواج القاصـر أن يوافق عليه من له السلطة الابوية، كما هى الحال فى القانون الفرنسى ولكن هناك خلافات بين قواعد هذين القانونين وقواعد القانون الفرنسى كما أن تنظيمهما للموافقة يعتبر بصفة عامة أقل تعقيدا من تنظيمهما فى القانون الفرنسى.

موازنة فى نظام الموافقه:

وبالمقارنة بين هذه الأحكام من القوانين الغربية والشريعة الاسلامية نجد أنه لا يوجد فى الشريعة الاسلامية نظام الموافقة لأن عديم الأهليه أو ناقصها ينوب عنه ولى النفس فى ابرام الزواج، والزواج كعقد لا يقوم إلا برضا كل

(١) كتاب أحكام الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين للأستاذ المستشار حلمى بطرس ص ١٦٤ فما بعدها.

من طرفيه. واستلزام رضا الطرفين يقتضى أن عديم الارادة كالمجنون والمعتوه أو فاقد القدرة على التعقل بسبب عارض كالسكر أو التنويم لا يصدر من أى شخص منهم تعبير عن ارادة قانونية فزواجهما منعدم الوجود.

(استطراد)

هذا وان تنظيم عقد الزواج فى روسيا قد كان فى قانون ١٩١٨ ثورة وخروجا على قواعد الزواج الدينية التى كانت معروفة فى العهد القيصرى، ثم كان قانون سنة ١٩٢٦ أكثر ثورية لأنه يبيح اتمام الزواج دون أن يتبع فى اتمامه أى إجراء،من الإجراءات وانما يكتفى للتسليم بوجوده بين الرجل والمرأة أن يبدأ الحياة معا باعتبارهما زوجين، ولا يحتاج إلى رضا ممن له علاقة أو ولاية على أحد من الزوجين،وانما فقط يحتاج إلى مراعاة بعض الشروط منها أن يسجل الاتفاق فى السجل المعد لذلك وقانون ١٩٤٤ هو الذى قضى بأن الزواج المثبت بالسجلات وحده هو الزواج الذى يرتب الحقوق والواجبات وينشأ العلاقة الزوجية المدنية.

(١) كتاب الاحوال الشخصية للاجانب للاستاذ الشرقاوى ص ٥٩ — ٦٤

(٢) كتاب الاحوال الشخصية للأجانب للأستاذ الشرقاوى ص ٦٨.

(٣) كتاب انحلال الزواج فى التشريعات الاوربية للاستاذ الدكتور الشرقاوى ص ٩٦ — ١٠٣

الفصل الثالث

١ـ تلخيص عام لمسائل الخلاف المتقدم ذكرها

(١) اتفق المالكية والشافعية والحنابلة على ضرورة وجود الولى فى النكاح، فكل نكاح يقع بدون الولى أو من ينوب منابه يقع باطلا، فليس للمرأة أن تباشر عقد زواجها بحال من الأحوال سواء كانت كبيرة أو صغيرة عاقلة أو مجنونة، إلا أنها اذا كانت ثيبة لا يصلح زواجها بدون إذنها ورضاها.

وخالف الحنفية فى ذلك فقالوا: ان الولى ضرورى للصغيرة وللكبيرة المجنونة، أما البالغة العاقلة سواء كانت بكراً أو ثيبا فانها صاحبة الحق فى زواج نفسها ممن تشاء، ثم ان كان كفءاً للمهر مهر مثلها فذاك ، والا فلوليها الاعتراض وفسخ النكاح.

(٢) اتفق القائلون بضرورة الولى،على تقسيمة إلى قسمين: ولى مجبر، وولى غير مجبر ، واتفق الشافعية والحنابلة على أن الولى المجبر هو الأب والجد، وخالف المالكية فقالوا: الولى المجبر هو الأب فقط. واتفق المالكية والحنابلة على أن وصى الأب بالترويج مجبر كالأب، بخلاف الشافعية فانهم لم يذكروا وصى الأب، وزاد الحنابلة أن الحاكم يكون مجبرا عند الحاجة.

(٣) اتفق القائلون بالاجبار على أن الولى المجبر له جبر البكر البالغة بأن يزوجها بدون اذنها ورضاها ، ولكن اختلفوا فى الشروط التى يصح ترويج المجبرة بها بدون اذنها على الوجه المبين فيما مضى.

(٤) اتفقوا أيضا على ان الثيب – وهى من زالت بكارتها بالنكاح – لا جبر عليها ولكن للولى حق مباشرة العقد ، فاذا باشرته بدونه وقع باطلا، فالولى والمرأة الثيب شريكان فى العقد، فحقها أن ترضى بالزوج صراحة ،

وحقه أن يباشر العقد ، هذا اذا كانت كبيرة بالغة، أما اذا كانت ثيبا صغيرة فهي ملحقة بالبكر البالغ، فيزوجها الولى المجبر بدون إذنها ورضاها ما لم تبلغ ، وخالف الحنابلة فقالوا : ان الثيب الصغيرة التى تجبر هى ما كانت دون تسع سنين، فان بلغت تسعا كانت كبيرة لا تجبر.

(٥) اتفق المالكية والشافعية والحنابلة على أن الولى غير المجبر وان كان يتوقف عليه العقد، ولكن ليس له أن يباشره بدون إذن من له عليها الولاية ورضاها صريحا ان كانت ثيبا أو ضمنا إن كانت بالغة، هذا فى الكبيرة. أما الصغيرة فقد اتفقوا على أنها اذا كانت دون تسع سنين فانه لا يجوز للولى غير المجبر زواجها بحال من الأحوال.

ثم اختلفوا بعد ذلك، فقال المالكية : ان بلغت عشر سنين وخيف عليها الفساد ان لم تتزوج فللولى أن يزوجها باذنها ، وهل لابد من رضاها صراحة أو يكفى صمتها ؟ قولان أرجحهما الثانى، ولكن يجب على الولى أن يشاور القاضى.

ورجح بعضهم أنه اذا خيف عليها الفساد فلا يشترط أن تبلغ عشر سنين، بل تزوج جبرا وان لم ترض كما تقدم.

وقال الشافعية : لا يصح للولى أن يزوج الصغيرة التى لم تبلغ إلا اذا كان أبا أو جدا ، فان فقد أو تركها صغيرة فلا يجوز لأحد ان يزوجها بحال من الأحوال سواء كانت ثيبا أو بكرا ما دامت عاقلة، لأن الولى غير المجبر انما يزوج الصغيرة بالاذن ولا اذن للصغيرة، أما اذا كانت مجنونة فانه يجوز للحاكم أن يزوجها اذا بلغت وكانت محتاجة.

وقال الحنابلة : اذا بلغت الصغيرة تسع سنين كانت ملحقة بالكبيرة العاقلة. فللولى غير المجبر أن يزوجها باذنها ورضاها. فان كانت دون تسع فللحاكم أن يزوجها عند الحاجة.

(٦) اتفق الشافعية والحنابلة على أن أحق الأولياء غير المجبرين الأب ـ ثم الجد. وخالف المالكية فقالوا: ان أحقهم بالولاية الابن ولو من زنا، بمعنى أن المرأة اذا تزوجت بعقد صحيح وصارت ثيبا، ثم زنت وجاءت بولد يكون مقدما على الأب والجـــد. أما اذا زنى بها قبل أن تتزوج بعقـــد صحيح وجاءت من هذا الزنا بولد فانه لا يقدم على الأب فى هذه الحالة، لأن الزنا عندهم لا يرفع البكارة فيكون الأب وليا مجبرا. والكلام فى غير المجبر، ووافقهم الحنفية، على أن أحق الأولياء فى النكاح الابن.

وخالف الشافعية والحنابلة فقالوا: ان أحق الأولياء الأب ثم الجـــد ولكن الحنابلة قالوا: ان الابن يلى الجد فى الولاية. والشافعية قالوا: أنه لا ولاية للابن على أمه مطلقا.

(٧) اتفق الشافعية والحنابلة والحنفية على أنه لا يصلح للولى الأبعد أو للحاكم أن يباشر عقد الزواج مع وجود الولى الأقرب المستكمل للشروط.

وخالف المالكية فقالوا: ان الترتيب بين الأولياء مندوب لا واجب، فاذا كان للمرأة أب وابن فزوجها أبوها صح،وإن كانت مرتبته بعد مرتبة الابن. وكذا اذا كان لها أخ شقيق وأخ غير شقيق فزوجها غير الشقيق مع وجود الشقيق فانه يصح، فاذا لم ترض المرأة بحضور أحد من أقاربها فزوجها الحاكم فانه يصح لأنه من الأولياء. واذا وكلت واحدا من أفراد المسلمين بحكم الولاية العامة مع وجود ولى صح ان كانت دنيئة والا فلا، وهذا كله فى الولى غير المجبر، أما الولى المجبر فوجوده ضرورى عندهم.

(٨) اتفق الشافعية والمالكية والحنابلة على ان الولاية فى النكاح يشترط لها الذكورة، فلا تصح ولاية المرأة على أى حال.

وخالف الحنفية فى ذلك فقالوا: ان المرأة تلى أمر نكاح الصغيرة والصغير ومن فى حكمهما من الكبار اذا جنا عند عدم وجود الأولياء من الرجال.

ولكن المالكية قالوا: تتصف المرأة بالولاية اذا كانت وصية أو مالكة

أو معتقة. وهناك قول في أن الكافلة تكون ولية أيضا ولكنها لاتباشر العقد، بل توكل عنها رجلا يباشره.

(٩) اتفقوا على أن الفسق يمنع ولاية النكاح، فمن كان فاسقا انتقلت الولاية عنه إلى غيره.

وخالف الحنفية فقالوا: ان الذى يمنع الولاية هو أن يشتهر الولى بسوء الاختيار فيزوج من غير كفء وبغبن فاحش، وفى هذه الحالة يكون للبنت الصغيرة الحق في رد النكاح بعد أن تكبر ولو كان المزوج أبا. اما اذا كان فاسقا حسن الاختيار، وزوجها من غير غبن وبمهر المثل وكان أبا أو جدا فانه يصح ولا حق لها فى الفسخ كما تقدم.

(١٠) اتفقوا على أن العدالة ليست شرطا فى الولى. وخالف الحنابلة فقالوا: ان العدالة الظاهرية شرط فى الولاية إلا فى السلطان والسيد.

(١١)اتفقوا على أن للولى أن يوكل عنه من ينوب منابه فى عقد الزواج.

(١٢) قال المالكن اذا غاب الولي الاقرب انتقلت الولايه للابعد(الا في غيبة الا عن اثبة البكر فان هنالك تفصلات ترجع الي طول الغيبة وقربها والجهل بمكانه والعلم به) لتشافعي التى يرى انها تنتقل الي السلطه.

الباب الثاني

نظره عـامه في الولاية في عقد الزواج

الفصـل الاول

١ ـ في ولاية التزويج من بعض كتب المذاهب المعتبرة :

لقد رأيت أن أنقل بعض ما جاء في بعض كتب المذاهب المعتبرة في الفقـــه الاسلامي «كما هو» للأسباب الآتية:

(١) لأمكن القارىء من مراجعة أسلوب الفقهاء السابقين وطريقة عرضهم للموضوع حتى يكون بين يديه عملان أحدهما سابق والآخر لاحق يقارن بينهما.

(٢) وليستطيـــع معي القارىء من مراجعـــة المنشور نمرة ٥٤ لسنة ١٩٦٠ والمنشور نمرة ٣٥ وملحقاته الصادرين من محكمة عموم السودان الشرعية على ضوء معلومات مكملة قدر الاستطاعة.

«أ» ولاية التزويج من متن مختصر خليل المالكي :

وجبر المالك أمة وعبدا بلا اضرار لا عكسه،ولا مالك بعض،وله الولاية والرد والمختار ولا أنثى بشائبة ومكاتب بخلاف مدبر ومعتق لأجل ان لم يمرض السيد ويقرب الأجل،ثم أب وجبر المجنونة والبكر ولو عانسا إلا لـكخصي على الأصح،والثيب ان صغرت أو بعارض أو بحرام،وهل ان لم تـكرر الزنا تأويلان لا بفاسد،وان سفيهه وبكرا رشدت أو أقامت ببيتها سنة وأنكرت وجبر وصي أمره أب به أو عين له الزوج والا فخلاف وهو في الثيب ولي،وصح ان مت فقد زوجت ابنتي بمرض،وهل ان قبل بقرب موته تأويلان ثم لاجبر ؛فالبالغ الايتيمة خيف فسادها وبلغت عشراً وشوور القاضي

والاصح ان دخل وطال. وقدم ابن فابنه فأب فأخ فأبنه فجد فعم فأبنه وقدم
الشقيق على الاصح والمختار فمولى ثم هل الاسفل وبه فسرت أولا وصحح،
فكافل وهل ان كفل عشرا أو أربعا أو ما يشفق تردد وظاهرها شرط الدناءة،
فحاكم فولاية عامة مسلم، وصح بها فى دنيئه مع خاص لم يجبر كشريفة
ان دخل وطال وان قرب فللأقرب،أو الحاكم ان غاب الرد،وفى تحتمه ان
طال قبله تأويلان،وبأبعد مع أقرب ان لم يجبر ولم يجز كأحد المعتقين،ورضاء
البكر صمت كتفويضها وندب اعلامها به ولا يقبل منها دعوى جهله فى
تأويل الأكثر،وان منعت أو نفرت لم تزوج لا ان ضحكت أو بكت،والثيب
تعرب كبكر رشدت أو عضلت أو زوجت بعرض أو برق أو بعيب أو يتيمة
أو افتيت عليها وصح ان قرب رضاها بالبلد ولم يقربه حال العقد وان أجاز
مجبر فى ابن وأخ وجد فوض له أموره ببينة جاز وهل ان قرب تأويلان.
وفسخ تزويج حاكم أو غيره ابنته فى كعشر وزوج الحاكم فى كافريقية،
وظهر من مصر وتؤولت ايضا بالاستيطان كغيبة الأقرب الثلاث،وان أسر أو فقد
فالأبعد كذى رق وصغر وعته وانوثة لا فسق وسلب الكمال،ووكلت مالكة
ووصية ومعتقة وان اجنبيا كعبد اوصى ومكاتب فى أمة طلب فضلا وان
كره سيده ، ومنع احرام من أحد الثلاثة ككفر لمسلمة وعكسه الاالأمة
ومعتقة من غير نساء الجزية،وزوج الكافر لمسلم وان عقد مسلم لكافر ترك،
وعقد السفيه ذو الرأى باذن وليه،وصح توكيل زوج الجميع لاولى الا كهو
وعليه الاجابة لكفء وكفؤها أولى فيأمره الحاكم ثم زوج،ولا يعضل أب
بكرا برد متكرر حتى يتحقق وان وكلته ممن أحب عين والا فلها الاجازة
ولو بعـد لا العكس،ولابن عـم ونحوه تزوجها مـن نفسه بتزوجتك
بكذا وترضى وتولى الطرفين،وان انكرت العقد صدق الوكيل ان ادعاه
الزوج،وان تنازع الاوليـاء المتساوون فى العقد أو الزوج نظر الحاكم.
وان أذنت لوليين فعقدا فللأول ان لم يتلذذ الثانى بلا علم ولو تأخر تفويضه
ان لم تكن فى عدة وفاة،ولو تقدم العقد على الاظهر وفسخ بلاطلاق ان عقدا

بزمن أو لبينة بعلمه انه ثان لا ان اقر أو جهل الزمن، وان ماتت وجهل الاحق ففي الارث قولان وعلى الارث فالصداق والا فزائدة،وان مات الرجلان فلا ارث ولا صداق وأعدلية متناقضتين ملغاة ولو صدقتها المرأة وفسخ موصى، وان يكتّم شهود من امرأة أو منزل أو أيام ان لم يدخل ويطل وعوقبا والشهود وقبل الدخول وجوبا على ان لا تأتيه الانهارا أو بخيار لاحدهما أو غير الا أو على ان لم يأت بالصداق لكذا فلا نكاح وجاء به،وما فسد لصداقه أو على شرط يناقض كأن لا يقسم لها أو يؤثر عليها،والغي ومطلقا كالنكاح لاجل أو ان مضى شهر فأنا أتزوجك وهو طلاق ان اختلف فيه كمحرْم وشغار، والتحريم بعقده ووطئه وفيه الارث الا نكاح المريض وانكاح العبد والمرأة لا اتفق على فساده فلا طلاق ولا أرث كخامسة وحرم وطؤه فقط، وما فسخ بعده فالمسمى والا فصداق المثل وسقط بالفسخ قبله إلا نكاح الــدرهمين فنصفهما كطلاقه وكعاض المتلذذ بها،ولولى صغير فسخ عقده فلا مهر ولا عدةَّ وان زوج بشروط أو أجيزت وبلغ وكره فله التطليق وفي نصف الصداق قولان عمل بهما والقول لها ان العقد وهو كبير،وللسيد رد نكاح عبده بطلقة فقط بائنة ان لم يبعه إلا ان يرد به اويعتقه ولها ربع دينار ان دخل واتبع عبد ومكاتب بما بقي(ان غرّا وان لم يغرا) ان لم يبطله سيد أو سلطان وله الاجازة ان قرب ولم يرد الفسخ أو يشك في قصده،ولولى سفيه فسخ عقده ولو ماتت وتعين بموته ولمكاتب ومأذون تسر وان بلااذن ونفقة العبد في غير خراج وكسب إلا لعرف كالمهر، ولا يضمنه سيــد باذن التزويج، وجبر أب ووصى وحاكــم مجنونا احتاج وصغيراً وفي السفيه خلاف، وصداقهم ان أعدموا على الاب وان مات أو أيسروا بعد ولو شرط ضده والا فعليهم الا لشرط وان تطارحه رشيد وأب فسخ ولا مهر وهل ان حلفا والالزم الناكل تردد،وحلف رشيد وأجنبي وامرأة انكروا الرضا والامر حضورا ان لم ينكروا بمجرد علمهم وان طال كثيراً الزم ورجع لاب وذى قدر زوج غيره وضامن لابنته النصف بالطلاق والجميع بالفساد ولا يرجع

أحد منهم إلا أن يصرح بالحمالة أو يكون بعد العقد (١).

«ب» ولاية التزويج من متن بداية المبتدىء للمرغيناني الحنفي :

وينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها في ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف أنه لا ينعقد إلا بولي وعند محمد ينعقد موقوفا،ولا يجوز للولي اجبار البكر البالغة على النكاح واذا استأذنها فسكتت أو ضحكت فهو اذن،وان فعل هذا غير ولي أو ولي غيره أولى منه لم يكن رضا حتى تتكلم به،ولا تشترط تسمية المهر ولو استأذن الثيب فلابد من رضاها بالقول،واذا زالت بكارتها بوثبة أو حيضة أو جراحة أو تعنيس فهي في حكم الابكار،ولو زالت بزنا فهي كذلك عند أبي حنيفة،واذا قال الزوج بلغك النكاح فسكتت وقالت رددت فالقول قولها،ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولي بكرا كانت الصغيرة أو ثيبا،والولي هو العصبة فان زوجها الأب والجد فلا خيار لهما بعد بلوغهما وان زوجهما غير الاب والجد فلكل واحد منهما الخيار اذا بلغ ان شاء أقام على النكاح وان شاء فسخ،ويشترط فيه القضاء ثم عندهما اذا بلغت الصغيرة وقد علمت بالنكاح فسكتت فهو رضا وان لم تعلم بالنكاح فلها الخيار حتى تعلم فتسكت ثم خيار البكر يبطل بالسكوت ولا يبطل خيار الغلام مالم يقل رضيت أو يجيء منه ما يعلم أنه رضا وكذلك الجارية اذا دخل بها الزوج قبل البلوغ ،فان مات أحدهما قبل البلوغ ورثه الآخر،ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون ولا لكافر على مسلم،ولغير العصبات من الأقارب ولاية التزويج عند أبي حنيفة ومن لا ولي لها اذا زوجها مولاها الذي أعتقها جاز. واذا غاب الولي الاقرب غيبة منقطعة جاز لمن هو أبعد منه أن يزوج،والغيبة المنقطعة أن يكون في بلد لا تصل اليها القوافل في السنة إلامرة واحدة. واذا اجتمع في المجنونة أبوها وابنها فالولي

(١) يراجع الخرشي جـ ٣ من صفحة ١٧٤ – ٢٠٤

الشرح الكبير للدردير على مختصر خليل جـ ٢ ص ٢٢١ فما بعدها.

في نكاحها ابنها في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد أبوها (١)

«ج» ولاية التزويج من كتاب المناهج للشافعية :

لاتزوج المرأة نفسها باذن ولا غيرها بوكالة ولا تقبل نكاحا لاحد. والوطء في النكاح بلا ولي يوجب مهر المثل لا الحد،ويقبل اقرار المدعى بالنكاح ان استقل بالانشاء والا فلا، ويقبل اقرار الحرة البالغة العاقلة بالنكاح على الجديد،وللاب تزويج البكر صغيرة أو كبيرة بغير اذنها بمهر مثلهـا ويستحب استئذانها.

وليس له تزويج ثيب إلا باذنها فان كانت صغيرة لم تزوج حتّى تبلغ (لوجوب اذنها).

والجد كالأب عند عدمه وسواء زالت البكارة بوطء حلال أو حرام، ولا أثر لزوالها بلا وطء كسقطة في الأصح،ومن على حاشية النسب كأخ أو عم لا يزوج صغيرة بحال ويزوج الثيب البالغة بصريح الاذن ويكفي في البكر سكوتها في الاصح.

والمعتق والسلطان كالأخ.

واحق الاولياء أب ثم أبوه ثم أخ لابوين أو لأب ثم إبنه وان سفل ثم عم ثم سائر العصبة كالأرث ويقوم أخ الابوين على أخ لاب في الاظهر.

ولا يزوج ابن بينوة فان كان ابن ابن عم أو معتقا أو قاضيا زوج به، وان لم يوجد زوج المعتق ثم عصبته كالارث ويزوج عتيقه المرأة من يزوج المعتقة ما دامت حية ولا يعتبر اذن المعتقة في الأصح. فاذا ماتت زوج من له الولاية فان فقد المعتق وعصبته زوج السلطان.

وكذا يزوج السلطان اذا اعتق الغريب أو المعتق وانما يخير الاصل اذا

(١) يراجع كتاب فتح القدير جـ ٢ من ص ٣٩١ – ٤١٦

دعت بالغة عاقلة إلى كفء وامتنع ولو عينت كفأ وأراد الأب غيره فله ذلك في الأصح.

ولا ولاية لرقيق وصبي ومجنونة ومختل النظر بهرم أو خبل وكذا محجور عليه لسفه على المذهب، ومتى كان الاقرب ببعض هذه الصفات فالولاية للابعد ولا يقدح العمى في الاصح ولا ولاية لفاسق على المذهب ويلي الكافرة واحرام أحد العاقدين يمنع صحة النكاح ولا ينقل الاحرام الولاية في الاصح فيزوج السلطان عند احرام الولي الابعد قلت ولو احرم المولى أو الزوج فعقد وكيله الحلال لم يصح والله أعلم. ولو غاب الأقرب إلى مرحلتين زوج السلطان دونهما لا يزوج إلا باذنه في الاصح. وللمجبر التوكيل في التزويج بغير اذنها ولا يشترط تعيين الزوج في الاظهر ويحتاط الوكيل فلا يزوج غير كفء وغير المجبر ان قالت له وكل ووكل وان نهته فلا وان قالت زوجني فله التوكيل في الأصح.

ولو وكل قبل استئذانها في النكاح لم يصح على الصحيح ويعتبر قول وكيل الولي للزوج زوجتك بنت فلان وليقل الولي لوكيل الزوج زوجني بنت فلانا فيقول وكيله قبلت نكاحها له.

ويلزم المجبر تزويج مجنونة بالغة ومجنونة أظهرت حاجة لا صغيرة وصغير، ويلزم المجبر وغيره ان تعين اجابة ملتمسة التزويج فان لم يتعين كأخوة.

واذا اجتمع أولياء في درجة استحب أن يزوجها أفقههم وأسنهم برضاهم فان تساووا اقرع ولو زوج غير من صح في الاصح فلو زوجها أحدهم زيدا والآخر عمرا فان عرف السابقة فهو الصحيح وان وقعا معا أو جهل السبق والمعيشة فيبطلان وكذا لو علم سبق أحدهما ولم يتعين على المذهب ولو سبق معين ثم اشتبه وجب التوقف حتى يتبين وان ادعى كل زوج علمها بسبقه سمعت دعواها بالنكاح فان انكرت طلقت وان أقرت

لاحدهما ثبت نكحته وسماع دعوى الآخر وتحليلنا له ينبني على القولين فيمن قال هذا لزيد بل لعمر وهل يغرم لعمرو ان قلنا نعم فنعم.

ولو تولى تزويج بنت إبنه بابن ابنه الآخر صح في الأصح ولا يزوج ابن العم نفسه بل يزوجه ابن عم في درجة فان فقد فالقاضي، فلو أراد القاضي نكاح من لا ولى لها زوجه من فوقه من الولاة أو خليفته، وكما لا يجوز لواحد تولى الطرفين لا يجوز أن يوكل وكيلا في احدهما أو وكيلين فيهما في الأصح.

«د» ولاية التزويج من كتاب المغنى لابن قدامة الحنبلي :

قال صاحب المغنى لا نكاح إلا بولى وشاهدين من المسلمين وشرح ذلك بأن النكاح لا يصح إلا بولى، ولا تملك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها ولا توكيل غير وليها في تزويجها فان فعلت لم يصح النكاح ـ خلافا لأبي حنيفة في قوله ان المرأة لها أن تزوج نفسها وغيرها وتوكل في النكاح لان الله تعالى قال (ولا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن) باضافة النكاح اليهن ونهى عن منعهن ولانه خالص حقها.

واستدل الحنابلة على قولهم بقول النبى صلى الله عليه وسلم (لا نكاح إلا بولى) وقوله صلى الله عليه وسلم (ايما امرأة نكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل فان أصابها فلها المهر بما استحل من فرجها فان اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له).

قال الحنابلة احق الناس بنكاح المرأة الحرة أبوها ولا ولاية لاحد معه وبهذا قال الشافعي وهو المشهور عند أبي حنيفة وقال مالك وأبو يوسف واسحق الابن أولى وهو رواية عن أبي حنيفة لانه أولى منه بالميراث وأقوى

---

(١) يراجع كتاب المنهاج جـ ٥ من ص ١٧٢ فما بعدها.

(٢) يراجع كتاب المهذب لابي اسحق الشيرازى جـ ٢ من ص ٣٥ فما بعدها.

تعصيبا واستدل الحنابلة بان الولد موهوب لابيه قال تعالى (ووهبنا له يحيى) وقال صلى الله عليه وسلم (أنت ومالك لابيك).

ثم أبو الاب وان علا يعني الجد وان علت درجته فهو أحق بالولاية من الابن وسائر الاولياء.

ثم ابنها وابنه وان سفل ثم أخوها لابيها وأمها والاخ للاب مثله ثم أولادهم وان سفلوا ثم العمومة ثم أولادهم وان سفلوا ثم عمومة الاب ثم المولى المنعم ثم أقرب عصبيته، ثم السلطان وهو الامام أو الحاكم أو من فوضا اليه ذلك فان لم يوجد للمرأة ولي ولا ذو سلطان فعن أحمد ما يدل على أنه يزوجها رجل عدل باذنها ووكيل كل واحد من هؤلاء يقوم مقامه وان كان حاضرا ولا يعتبر في صحة الوكالة اذن المرأة في التوكيل سواء أكان الموكل أبا أو غيره.

وعند الحنابلة ان المرأة متى تزوجت بغير اذن وليها لا يملك الحاكم اجازته والامر فيه لوليها متى رده بطل لان صحة النكاح يقف على اجازته. وعندهم وجه آخر انه اذا كان الزوج كفؤا أمر الحاكم الولي باجازته فان لم يفعل اجازه الحاكم لانه بامتناعه صار عاضلا فانتقلت الولاية منه إلى الحاكم

هذا واذا كان وليها غائبا في موضع لا يصل اليه الكتاب أو يصل فلا يجيب عنه زوجها من هو أبعد منه من عصبتها فان لم يكن فالسلطان.

وان كان القريب محبوسا أو أسيرا في مسافة قريبة لا تمكنه مراجعته فهو كالبعيد، فان البعد لم يعتبر لعينه بل لتعذر الوصول الى التزويج بنظره وهذا موجود هنا، ولذلك ان كان غائبا لا يعلم قريب أم بعيد أو يعلم انه قريب ولا يعلم مكانه فهو كالبعيد.

قال الحنابلة اذا زوج الرجل ابنته البكر فوضعها في كفاية فالنكاح ثابت وان كرهت كبيرة كانت أو صغيرة.

قالوا اما البكر الصغيرة فلا خلاف فيها.

وأما البكر الكبيرة فعن أحد روايتان:

أحدهما: له اجبارها على النكاح وتزويجها بغير اذنها كالصغيرة وهذا مذهب مالك وابن أبي ليلى والشافعي ووجهها قوله صلى الله عليه وسلم (الايم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن واذنها صماتها).

الثانية: ليس له ذلك (واختارها أبو بكر) وهو مذهب الاوزاعي وأبو ثور والثورى واصحاب الرأى ووجهها أن جارية بكرا أتت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت ان اباها زوجها وهي كارهة فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم ولانها جائزة التصرف في مالها فلم يجز اجبارها كالثيب.

وعندهم ليس لغير الاب اجبارها وبه قال مالك وأبو عبيدة والثورى وابن أبي ليلى وبه قال الشافعي الا في الجد فانه جعله كألاب.

قالوا ولو استأذن البكر البالغ أبوها كان حسنا أما الثيب اذا زوجها أبوها بغير اذنها فالنكاح باطل وان رضيت بعد. لقوله صلى الله عليه وسلم (لا تنكح الايم حتى تستأمر) وقال (الايم أحق بنفسها من وليها) وقال (ليس للولى مع الثيب أمر).

هذا ان كانت الثيب كبيرة واما ان كانت صغيرة ففيها وجهان :

احدهما: لا يجوز تزويجها وهو مذهب الشافعي.

ثانيهما: لابيها تزويجها ولا يستأمرها وهو قول مالك وابي حنيفة لانها صغيرة ويتخرج وجه ثالث وهو ان ابنة تسع سنين يزوجها وليها باذنها ومن دون ذلك على ما ذكرنا من الخلاف في البكر (١).

---

(١) كتاب المغنى لابن قدامة الحنبلي جـ ٦ ص ٤٤٨ فما بعدها.

الفصل الثانى

٢ ـ بحث مقارن في مسائل خلافية

«أ» هل تعقد المرأة لنفسها أو لغيرها ؟

قد عرفت مما ذكرناه أن الشافعية والمالكية اصطلحوا على عد الولى ركنا من أركان النكاح لايتحقق عقد النكاح بدونه. واصطلح الحنابلة والحنفية على عده شرطا لاركناً . وقصروا الركن على الايجاب والقبول . إلا أن الحنفية قالوا: انه شرط لصحة زواج الصغير والصغيرة. والمجنون والمجنونة ولو كبارا. أما البالغة العاقلة سواء كانت بكرا أو ثيبا فليس لأحد عليها ولاية فى النكاح. بل لها أن تباشر عقد زواجها ممن تحب بشرط أن يكون كفءا والاكان للولى حق الاعتراض وفسخ العقد.

وقد استدل الجمهور بأحاديث وبآيات قرآنية. فأما الأحاديث فمنها ما رواه الزهرى عن عائشة. وهو أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : «أيما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل » ومنها ما رواه ابن ماجه. والدارقطنى عن أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال« لاتزوج المرأة المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها».

وهذان الحديثان أقوى ما استدل به الجمهور على ضرورة الولى. فليس للمرأة حق مباشرة العقد دونهما. وقد أجاب الحنفية عن الحديث الأول بأنه مطعون فيه ، وذلك لأن الزهرى نفسه قد سئل عنه فلم يعرفه ، وقد أجيب عن هذا بأن عـدم معرفة الزهرى لا تضر مادام راويه ـ وهـو سليمان بن موسى ـ ثقة؛ ولا يخفى ضعف هذا الجواب، لأنه مادام مصدر الحديث المروى عنـه لم يعرفه وأنكره ، فان ذلك يضعف الثقـة به جزما. على أن الحنفية قـالوا« ان كل الأحاديث التى يفيـد ظاهرها اشتراط الولى فى التزويج فهى خاصة بالصغيرة التى لا يصح لها أن تتصرف، و ذلك مؤيد

بقواعد الدين العامة ، فان النكاح عقد من عقود البيع والشراء، ومعلوم أن للمرأة الحرية المطلقة في بيعها وشرائها متى كانت رشيدة، فكيف يحجر عليها في عقد زواجها وهو أهم العقود التي تتطلب حرية لما يترتب عليه من مهام الأمور ، فينبغي أن يقاس عقد النكاح على عقد البيع ، وان ورد ما يخالف هذا القياس وجب تخصيصه به، وهذه قاعدة أصولية. فقوله « لا تزوج المرأة المرأة»، معناه لا تزوج المرأة الكبيرة البنت الصغيرة عند وجود الولى العصبة المقدم عليها أو لا تزوج المرأة الصغيرة المرأة الصغيرة ، وقوله « ولا تزوج المرأة نفسها» معناه ولا تزوج الصغيرة نفسها بدون ولى، فالمراد من المرأة الانثى الصغيرة، وهي وان كانت عامة تشتمل الصغيرة والكبيرة إلا أنها خصت بالصغيرة كما هو معلوم من أن الكبيرة لها حق التصرف فى العقود للبيع ، فيقاس النكاح على البيع ، وذلك جائز فى الاصول

أما الجمهور فقالوا بالفرق بين النكاح وبين البيع ، وذلك لأن المرأة لا عهد لها بمخالطة الرجال فربما خدعها غير الكفء فتتزوج بمن تتعير به عشيرتها ويكون شرا ووبالا على سعادتها الدنيوية ، فلذا صح الحجر عليها في عقد النكاح دون غيره من العقود ، لأن عقد البيع مثلا لا يترتب عليه مثلا هذا الشر مهما قيل فيه ، وقد أجاب الحنفية عن هذا بجوابين:

الأول: أنهم قد اشترطوا الكفاءة فى الزوجية كما ستعرفه ، فلو تزوجت المرأة غير كفء فللأولياء أن يعترضوا هذا الزواج ولا يقروه فيفسخ، فلا تصيبهم معرة الصهر الذى لا يناسبهم، فزمام المسألة بأيديهم.

الثاني: أن المفروض كون المرأة عاقلة حسنة التصرف غير محجور عليها، ولذا كان من حقها أن تتصرف فى بيعها وشرائها بدون حجر ما، فاذا قيل انها قد تغبن فى اختيار الزوج الكفء فكذلك يقال انها قد تغبن فى بيع سلعة هامة غبنا ضارا بها أكثر من الضرر بعقد زواج على غير الكفء ، لأنه ان ثبتت عدم كفاءته فرق القاضي بينهما وانتهى الأمر ، أما اذا باعت

شيئا ذا قيمة مالية وغبنت فيه غبنا فاحشا، وهلك في يد مفلس فانه يضيع عليها، ولا يسعها أن تتلافى ما ترتب على هذا البيع من الضرر. فتخصيص الحنفيــة ما ورد فى هــذه الأحاديث بالصغيرة قياسا لتصرف الكبيرة فى النكاح على تصرفها فى البيع صحيح لا اعتراض عليه بمثل هذا الذى أورده الجمهور.

أما القرآن الكريم ، فمنه قوله تعالى «فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن اذا تراضوا بينهم بالمعروف» ، ووجه الدلالة فى الآية أن الله تعالى يخاطب أولياء النساء فينهاهم عن منعهن من الزواج بمن يرضونه لأنفسهن زوجا، فلو لم يكن لهؤلاء الأولياء حق المنع لما كان لخطابهم بمثل هذا وجه لأنــه كان يكفى أن يقول للنساء « إذا منعتن من الزواج فزوجوا أنفسكن».

وقد نقل عن الشافعى رضى الله عنه أنه قال « ان هذه الآية أصرح آية فى الدلالة على ضرورة الولى. ولكن الحنفية قد أجابوا عن هذا بجوابين، الجواب الأول منع كون الآيــة خطابا للأولياء، بل هى تحتمل أن تكــون خطابا للأزواج الذين يطلقون أزواجهم، وتحتمل أن تكون خطابا للمؤمنين عامة.

أما الأول فهو الظاهر المتبادر من لفظ الآية الكريمة، فهو سبحانه يقول لمن يطلقون نساءهم اذا طلقتم النساء فلا تستعملوا معهن الوسائل الظالمة التى يترتب عليها منعهن من الزواج بغيركم كان تهددوها هى أو من يريد تزوجها بقوتكم أو جاهكم وسلطانكم أو نفوذكم ان كان لكم ذلك، أو تحاولوا تنقيصها والحط من كرامتها فتنفروا منها خطيبها الذى سيكون زوجا لها أو تؤثروا عليه أو عليها من أى ناحية من النواحى، كان تمنعوها من حقوقها المالية ان كان لها عندكم حق أو نحو ذلك.

أما الثاني فمعناه اذا طلقتم النساء أيها المؤمنون وأصبحن خاليات مــن الأزواج والعدة فلا يصح أن يقع بينكم عضلهن ومنعهن من الأزواج سواء

كان ذلك المنع من قريب أو من ذى جاه ونفوذ عليها، فيفترض عليكم فرض كفاية أن تمنعوا وقوعه فيما بينكم بنهى فاعله والضرب على يده والا كنتم مشتركين معه فى الاثم لأن عضل النساء من الزواج منكر حرمه الله تعالى، والنهى عن المنكر فرض على المؤمنين، وازالته لازمة على كل قادر حاكما كان أو غيره.

ولا تعارض بين هذا الذى ذكرناه وبين ما رواه البخارى من أن الآية نزلت فى معقل بن يسار حيث كان قد زوج أخته لرجل فطلقها زوجهـا ثم أراد الرجوع اليها ثانيا فأبى أخوها معقل أن تعود اليه مع كونها راغبة فيه . فلما نزلت زوجها اياه لأنه يحتمل أن تكون حادثة معقل صادفت نزول الآية ، ولكن الآية فى ذاتها عامة على الوجه الذى بيناه.

ونظير ذلك ما قاله المفسرون فى قوله تعالى « ياأيها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا » سورة الحجرات، اذ قال الفخر الرازى — وهو شافعى — ان الآية عامة ولكنها صادفت حادثة الوليد المشهورة، ومع ذلك فاذا سلم أن الآية نزلت فى حادثة أخت معقل بخصوصها فان الخطاب فيها يجب أن يكون عاما لكل من يعضل النساء سواء كان وليا أو غيره . فليست مقصورة على الأولياء بلا نزاع .

الجواب الثانى تسليم أن الآية خطاب لمعقل وغيره من أقارب المرأة بخصوصهم . ولكن ليس فى الآية ما يدل على أن لهم حق الولاية على النساء مطلقا، وانما تدل على أن من منع منهم النساء من الزواج فهو آثم لا حق له فى هذا، وهذا المنع لا يلزم أن يكون مترتبا على الولاية بل هو ظاهرة فى أنه مترتب على ضعف النساء وعدم قدرتهن على استعمال حقهن. وبيان ذلك أن المرأة تستكين عادة لمن يكفلها أو لعاصبها القريب من أب أو أخ فتفنى ارادتها فى ارادته خصوصا فى هذا الباب الذى يغلب فيه الحياء على معظم النسوة المتربيات،فلا ترى المرأة لها حقا مع كافلها أو عاصبها فتتنازل لهما

عن استعمال حقها وهي مكرهة، فالآية الكريمة تفيد أنـه لا يصح للرجال أن يسلبوا النساء حقوقهن الطبيعية في التزوج بالكفء الذي يرغبن فيه، وهذا يتضمن أن للمرأة الحرية في اختيار الكفء الذي تريده زوجا لأن النهي عن منعها من الزواج يتضمن اباحة الحرية لها في ذلك الاختيار بلا نزاع، على أن قوله تعالى «فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن» فيه دلالة على صحة عقد الزواج اذا باشرته المرأة، فإنه قال أن «ينكحن» أي يتزوجهن بعبارتهن. ولو كانت عبارة النساء لا تنفع في عقد الزواج لقال «فـلا تعضلوهن أن تنكحوهن أزواجهن».

والحاصل أن الآية اذا كانت خطابا للأقرباء بخصوصهم يكون معناها لا تنتهزوا أيها الأقرباء فرصة كفالتكم للنساء وضعفهن فتسلبوا منهن حقهن الطبيعي في اختيار الزوج الكفء ومباشرتهـن الزواج ؛ فتتحكموا فيهن وتمنعوهن من استعمال ذلك الحق، وليس في هذا المعنى أية دلالة على أن لهم حق الولاية عليها.

وقد يقال اذا كان اختيار الزوج والعقد عليه حقا للمرأة فلماذا لم يقل لهن تعالى زوجوا أنفسكن واستعملوا حقكن، فخطابه للأقرباء بقوله «فلا تعضلوهن» دليل على أنهم أصحاب الحق في ذلك لا النساء، والجواب أن خطاب الأولياء بهذا يدل على معنى دقيق جليل، وهو ضرورة احترام الرابطة بين النساء وبين أهليهن الكافلين لهن، فاذا تنازلت الواحدة منهن عن حقها في هذا الموضوع احتراما لرغبة أبيها أو أخيها أو نحوها خوفا من حدوث تصدع في رابطة القرابة، فانه يكون حسنا يقره الله تعالى، وفي هذه الحالة لا يصلح أن يقال للنساء (استعملوا حقكن واخرجوا عن طاعة أوليائكن) فتنقطع بذلك روابط المودة، وانما كمال البلاغة وجمال الأسلوب أن يقال للأولياء (لاتستغلوا هذه الحالة فتتمادوا في سلب حقوقهن للنهاية) والنتيجة المترتبة على الخطابين واحدة، فان الغرض أن لاتمنع المرأة من التزويج بمن

ترغب فيه متى كان كفءا صالحا.

ومما لا ريب فيه أن لهذين الرأيين علاقة شديدة بالحالة الاجتماعية فى كل زمان ومكان ، فالذين يحجرون على المرأة في عقد الزواج يرون أن النساء مهما قيل في تهذيبهن، فـان فيهن جهة ضعف طبيعيـة بارزة وهى خضوعهن للرجال وتأثرهن بهم، فقد تنسى المرأة عظمتها ومجدها وفضلها وتندفع في ميلهـا وراء مـن لا يسـاوى شراك نعلها. وربما تجـرها عاطفتها إلى التسليم لخادمها ومن دونه، وبديهى أن هذه الحالة ضررها لا يقتصر على المرأة فحسب، بل يتعداها إلى الأسرة بتمامها لأنهم يتعيرون بادخال عنصر أجنبي فيهم . وربما جر ذلك إلى مأساة محزنة . فمن الواجب أن يوكل أمر اختيار الزوج للأولياء الذين يستطيعون أن يختاروا ما فيه خير المرأة وخير الأسرة مع صيانتها واحترامها، ومع هذا فانه لا بد مـن رضاء المرأة في بعض الأحوال قبل أن يبرم الولى عقدها . وغير ذلك يكون اندفاعا مع عاطفة ضعيفة يمكن التأثير عليها بوسائل مختلفة . فيترتب على ذلك شقاء المرأة وتعاسة حظها وهدم الأسرة وانحطاط كرامتها.

أما الحنفية الذين لا يرون الحجر على المرأة العاقلة البالغة فانهم يقولون : ان قواعد الدين الاسلامى تقتضى أمرين (الأول) اطلاق الحرية لكل عاقل رشيد من ذكر أو انثى في تصرفه، (الثاني) رفع ما عساه أن يحدث من أضرار بسبب هذه التصرفات، وكلا الأمرين لازم لابد منه للحياة الاجتماعية . فالحجر على الرشيدة فى أمر زواجها ينافي قواعد الاسلام العامة، فلو جعل أمر زواجها منوطا بالولى كان حجرا بدون موجب، خصوصا فى حالة تزويجها بدون أخذ رأيها مطلقا وهى بكر رشيدة، فان ذلك لا يلتقى مع قواعد الدين فى شيء وربما كان ضارا في كثير من الأحيان اذ قد يكون الولى غير أب أو أخ شقيق ، ولم تكن علاقته بالمرأة ودية فيتعمد معاكستها والوقوف فى سبيلها بحرمانها من الكفء المناسب،وليس من السهل على

المرأة إثبات العضـل والشكوى للحاكم. بل ربمـا جر انحيازها للخاطب وشكواها للحاكم إلى عداء الأسرة، ويترتب عليه مأساة لاحد لها. وهذا كثير واقع لا يمكن الاغضاء عنه فى التشريع الاسلامى المشهور بدقته وجلاله، فيجب أن يناط أمر زواجها بها بشرط أن تتصرف تصرف العقلاء. فلا تندفع فى سبيل ميل فاسد فتقع على غير الكفء، فانهـا ان فعلت ذلك كانت جديرة بالحجر عليها. وكان لوليها حق الاعتراض وفسخ العقد ثم ان لها الحق في أن توكل أمر تزويجها لمن تشاء. فاذا كان لها أب أو أخ أو نحوهما من الأقربين الذين يشفقون عليها ويؤثرون راحتها ويتمنون لها السعادة كان من اللائق المقبول أن تفوض لهم وتترك لهم حقها ليتصرفوا فى أمر زواجها كما يحبون. فلا تخرج عن ارادتهم ولاتحاول احراجهم بما لا ينفعها. بـل يضرها بفقد عطفهم عليها.

وعندى أن كلا الرأيين لازم للحياة الاجتماعية وان اختلاف وجهـة نظر الأئمة رضوان الله عليهم فى فهم الشريعة الاسلامية وتطبيقها يدل على أنها شريعة خالدة حقا وأنها صالحة لكل زمان ومكان. فلا تقف فى سبيلها مظلمة لفرد أو جماعة، ولا يتأذى بها أحـد، فاذا ترتب عـلى أحد الرأيين مشقة فى وقت من الأوقات أو زمن من الأزمنـة وجب المصير إلى الرأى الآخر. فكلا الرأيين حسن والعمل به مقبول معقول. والله يهدى من يشاء إلى صراط مستقيم.

هذا ويصح لكل من يملك تولى عقد الزواج أن يوكل غيره فيه على تفصيل فى المذاهب الآتية:

(١) الحنفية: قالوا، للمرأة البالغة بكرا كانت أو ثيبا أن توكل غيرها فى مباشرة العقد. وكذلك للرجل البالغ الرشيد أن يوكل غيره، وعلى الوكيـل أن يضيف الزواج إلى موكله أو موكلته بـأن يقول: زوجت فلانة موكلتى، ويقول الوكيل: قبلت الزواج لموكلى، فاذا قال.: قبلت

الزواج لنفسى فانه ينعقد له لا لموكله، ويشترط فى الوكيل أن يكون أهلا للتصرف سواء أكان ذكرا أو أنثى، فلا تصح وكالة الصبى الذى لا يعقل، والمجنون الذى لا يفيق على التفصيل المذكور فى مباحث الوكالة، على أن للمرأة العاقلة البالغة أن تباشر عقد زواجها بنفسها ثيبا كانت أو بكرا، فلا يتوقف عقد زواجها على ولى ولا على وكيل، وللصبى الذى يعقل أن يباشر عقد زواجه على امرأة له فى زواجها مصلحة، وله أن يوكل عنه فى ذلك مادام يعقل المصلحة، وانما الذى يناط أمره بالولى لا محالة فهو الصغير الذى لايميز، والمجنون جنونا مطبقا صغيرا كان اوكبيرا كما تقدم.

ولا ينفذ اقرار الوكيل بالنكاح، فلو قال الوكيل: أقر بأننى زوجت موكلتى لفلان وانكرت ولايته فانه لا يصح إلا اذا شهد الشهود على النكاح أمام القاضى، ومثل ذلك اقرار ولى الصغيرة والصغير، فانه لاينفذ إلا أن ينصب القاضى خصما عن الصغيرة فينكر وتشهد البينة على النكاح.

(٢) المالكية قالوا: يجوز للولى أن يوكل عنه مثله فى الشروط المتقدمة من (١) ذكورة، فلا يصح له أن يوكل أنثى. (٢) وبلوغ، فلا يصح أن يوكل صبيا غير بالغ. (٣) وحرية، فلا يصح توكيل عبد. (٤) واسلام، فلا يصح توكيل كافر فى زواج مسلمة، أما الكافر فيتولى عقد الكافرة، وان عقد مسلم لكافرة ترك عقده. (٥) وعدم احرام، فلا يصح أن يوكل عنه محرما بالنسك، أما الزوج فانه يصح أن يوكل عنه الجميع إلا المحرم والمعتوه، فيصح أن يقبل العقد عنه العبد، والمرأة. والكافر. والصبى بطريق التوكيل.

واذا قالت المرأة لوليها غير المجبر وكلتك على أن تزوجنى ممن تحب وجب عليه أن يعين لها من أحبه قبل العقد، فان لم يعين لها كان لها الحق فى الاجازة والرد سواء أطلعت على العقد بعد حصوله بزمن قريب أو بعيد، أما اذا وكل الرجل شخصا على أن يزوجه ولم يعين له المرأة التى يريدها فزوجه من امرأة لزمته، بشرط أن تكون ممن تليق بمثله.

واقرار وكيل المرأة بزواجها اذا أنكرت وادعاه الزوج صحيح بلا يمين ، أما اذا لم يدع الزوج ذلك فلا ينفع اقرار الوكيل ولها أن تتزوج من تشاء. وان أذنت غير المجبرة لوليين فعقدا لها متعاقبين وعلم الأول والثانى كانت للأول بشروط ثلاثة:

الشرط الأول: أن لا يتلذذ بها الزوج الثانى، فان تلذذ بها بأن عمل معها مقـدمات الجماع من قبلة وعناق وتفخيذ ونحو ذلك وهو غير عـالم بالعقد الأول كانت للثانى.

الشرط الثانى: أن لايكون الأول قد تلذذ بها قبله،فان تلذذ الثانى فى هذه الحالة لا يفيد ، فان لم يتلذذ بها الثانى أصلا أو تلذذ بها بعد تلذذ الأول فسخ نكاح الثانى بطلاق على الظاهر لأنه نكاح مختلف فيه ، ولهذا لو وطئها الثانى عالما لا يحد ، وترد للأول بعـد العدة ، وقيل يفسخ بدون طلاق وترد للأول بعد الاستبراء.

فهذان شرطان ، والثالث: أن لا تكون فى عدة وفاة من الأول، فان عقد لها على اثنين متعاقبين ثم مات أولهما كانت فى عدته، فيفسخ نكاح الأول وتنتظر حتى تكمل عدتها منه ، ولها الحق فى ميراثه. أما اذا عقدا فى زمن واحد فان العقدين يفسخان بلا طلاق.

(٣) الشافعية — قالوا: للولى أن يوكل عنه غيره سواء كان وليا مجبرا أو غير مجبر ، فأما الولى المجبر فان له أن يوكل عنه غيره بتزويج من له عليها الولاية بدون اذنها ورضاها سواء عين له الزوج الذى يريده في توكيله أو لم يعين، ولو اختلفت أغراض الأولياء والزوجات فى اختيار الأزواج، لأن شفقة الولى تدعوه إلى أن لا يوكل عنه الا من يثق بحسن نظره ، وعلى الوكيل فى هذه الحالة أن يزوجها من الكفء وبمهر المثل،فلو زوجها من غير كفء أو بدون مهر المثل فانه لايصح ،واذا زوجها بكفء ولها طالب أكفأ منه فانه لا يصح للوكيل، أما الولى المجبر — وهو الأصيل — فيصح له

ذلك لأنه غير متهم فى نظره وشفقته.

وأما الولى غير المجبر فله أن يوكل غيره بتزويج من له عليها الولاية وان لم تأذن فى التوكيل ولم يعين الولى زوجا فى التوكيل بشروط:

أحدها: أن تأذن للولى فى تزويجها قبل التوكيل لأن اذنها شرط فى صحة تزويج الولى، فلا يملك تزويجها بدونه، وفى هذه الحالة لا يملك الوكيل.

ثانيها: أن لا تنهاه عن توكيل الغير.، فاذا نهته فلا يصح له أن يوكل.

ثالثها: اذا عينت له زوجا خاصا كأن قالت له: رضيت أن تزوجنى من فلان، فانه يجب عليه أن يعين من عينته له فى التوكيل.

«ب» اختلافهم فيمن تثبت له ولاية الاجبار

ان ولاية الاجبار تثبت للأب باجماع الفقهاء وهو أولى الأولياء عند الجمهور ومنهم المالكية والحنفية ويقدم عند أكثرهم على غيره من جد وخلافه وان كان الشيعة يرون أن الأب والجد فى مرتبة واحدة ويقدمون الجد اذا صدر العقد منهما فى وقت واحد وحجتهم فى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم (ليس منا من لم يوقر الكبير).

هذا والحنفية يرون أن لا ولى إلا المجبر الذى له أن ينفذ قوله على غيره سواء رضى أو لم يرض ويختص باجبار الصغير والصغيرة مطلقا والمجنون والمجنونة اذا كانا كبيرين وقد سبق أن ذكرنا من له حق الاجبار عندهم.

أما المالكية فقد قالوا بأن الولى المجبر هو الأب لا الجد، ووصى الاب بعد موته بشرط أن يقول له أنت وصيى على زواج بناتى، أو أنت وصيى على تزويج بنتى، أو أنت وصيى على أن تزوج بنتى ممن أحببت، أو أنت وصيى على أن تزوجها من فلان، ففى هذه الحالة يكون للوصى حق الاجبار كالأب ولكن لا من كل وجه بل يشترط أن يزوجها بمهر المثل لرجل غير

فاسق أو يزوجها لمن عينه له الأب بخصوصه، أما اذا قال له. أنت وصيى على بناتي أو بنتى ولم يذكر التزويج ففيه خلاف، والراجح أنه لا يكون بذلك وليا مجبرا. فاذا قال له : أنت وصيى فقط ولم يذكر بنته، أو قال له: أنت وصيى على مالى أو بيع تركتى فانه لا يكون مجبرا باتفاق.

والمالك فان له الحق فى جبر امائه باتفاق المذاهب.

وأما الشافعية فولاية الاجبار للأب عندهم وللجد وان علا وللثيب على أمته.

والحنابلة يجعلون ولاية الاجبار للأب ووصى الأب بعد موته والحاكم عند الحاجة.

ولاية الاجبار فى الشريعة المسيحية

ان الشريعة المسيحية بجميع مذاهبها «حسب المعمول به عندهم» لا تعرف الولاية الاجبارية التى تجيز لولى النفس أن يزوج الصغير الذى تحت ولايته بغير رضاه. فرضا الصغير شرط لازم لصحة الزواج عندهم.

ولا ينعقد زواج بارادة ولى النفس وحده و لوكان الزوجان صغيرين ولا بأجراء الطقوس الكنيسية وحدها ولا بأى إرادة بشرية أخرى اذا لم تتجه إلى انشائه ارادتا الزوجين.

«ج» اختلافهم فى هل للوصى ولاية

عند الأكثر من الفقهاء المسلمين أن الايصاء بالترويج غير نافذ فلا يكون لمن أوصى اليه بذلك ولاية وإلى هذا الرأى ذهب الحنفية والشافعية وفى رواية عن أبى حنيفة وابن حزم واهل الظاهر.

وللشيعة الامامية فى ذلك رأيان احدهما يتفق مع رأى الاكثرية السابق وهو المشهور عندهم،والاخر أن للوصى ترويج موليه اذا أوصى اليه الأب بذلك،وعند الامام مالك رحمه الله أن الوصاية تثبت لوصى الأب وتنفذ اذا

عين له الأب الزوج وامـــره بالتزويج والجبر فان لم يأمره بذلك فقـــولان أرجحهما أن له أيضا الاختيار وذهب الامام أحمد رحمه الله إلى اثبات الولاية لوصى الأب فيزوج الصغار ومن فى حكمهم جبرا لقيامه مقام الأب فى ذلك واذا كان الوصى امرأة وجب أن توكل رجلا عنده.

«د» سن الزواج فى الشريعة الاسلامية

قال المالكية زواج اليتيمة اذا بلغت مبلغ المرغوب فى نكاحها، وقدره بعضهم بعشر سنوات، ولكن الراجح عدم تحديد مدة بل المدار على خوف الفساد.

وقال الحنابلة يختص الولى المجبر باجبار غير المكلف — وهو الصغيرة — بكرا كانت أو ثيبا وهى من كانت دون تسع سنين، أما التى لها تسع سنين وكانت ثيبا فليس عليها جبر لأن اذنها معتبر فلابد من اذنها.

وذهب ابن حزم إلى أنه لا ولاية لأحد فى تزويج الصغير الذكر لعدم حاجته إلى الزواج لانه لم يرد نص بجواز ذلك بخلاف الصغيرة فقد ورد انه صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة رضى الله عنها وهى بنت ست سنوات وبنى بها وهى ابنة تسع ولأن حاجتها إلى الزواج ظاهرة لما يترتب عليه من وجوب نفقتها على زوجها (١).

وذهب التشريع المصرى إلى منع موثق العقود من توثيق عقد الزواج الا اذا ثبت لديهم أن سن الزوجة لا تقل عن ١٦ سنة وسن الزوج لايقل عن ١٨ سنة.

وذهب التشريع السودانى فى المنشور ٥٤ لسنة ١٩٦٠ فى المادة ٨ إلى أن القاصرة اذا خيف فسادها وتمت عشر سنوات تزوج بعد اذن القاضى.

---

(١) كتاب استاذنا الشيخ على الخفيف النيابة عن الغير فى التصرف ص ٣١.
نهاية المحتاج جـ ٦ ص ٥٦ ، وكشاف القناع جـ ٣ ص ٢٢ والشرح الكبير للدردير جـ ٢ ص ٢٢٢ والمحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٤٥١

والذى يظهر لنا أن الشريعة الاسلامية لم تضع سنا محددا لصلاح الفتاة والفتى لابتداء الحياة الزوجية وكل الذى ورد بخصوص ذلك يدل دلالة قوية على أن زواج الصغيرة البكر جائز لابيها وان كانت دون تسع ،خلافا لرأى عبدالله بن شبرمة وأبي بكر الاصم وعثمان البتى القائل لا يجوز زواج الصغيرة قبل بلوغها،وهو رأى لم يعتد به الفقهاء الأوائل وضعفه كثير من الفقهاء المحدثين، ولعل منطق الابقاء على نظام الأسرة واستقرارها يقضى بأن لا يحرم الاب من النظر فى مصلحة ابنته اذا بلغت مبلغ المرغوب فى نكاحها وكان ذا عقل ودين (١)، ولا مانع من تقييد سلطته التنفيذية من أن ينفرد فيستبد بها من غير أن يراعى المصلحة الاجتماعية العامة،وتقييدها يكون بأن يكلف بطلب الاذن بزواج ابنته الصغيرة من القاضى،وللقاضى أن يمنعه اذا لم يقتنع بضرورة الزواج وكانت الصغيرة أقل من سن البلوغ المعتاد لكل بلد.

(هـ) سن الزواج «حسب المعمول به عندهم» فى الشريعة المسيحية

ان مجتمع ترنت الذى انعقد في القرن السادس عشر لمراجعة القانون الكنسى الكاثوليكى قد رفض اقتراحا قدم اليه بتقرير بطلان الزواج الذى يعقده الصغيران بغير رضا والديهما قبل بلوغ الفتى الثامنة عشر وقبل بلوغ الفتاة السادسة عشر،وذلك بالرغم من أن هذا الاقتراح كان صدى لرغبة عامة أعرب عنها الرأى العام والحكام فى ذلك الحين.

وكانت الاعتراضات على هذا الاقتراح تتلخص فى ثلاثة هى:

(١) ان اخضاع الزواج لسلطان الوالدين يتنافى مع الحرية الكاملة التى يجب أن يتمتع بها كل شخص فى ممارسة ما يبعد عن العقيدة الدينية وذلك أصل مقرر لا يرد عليه استثناء،وقد أجازت الكنيسة تأسيسا عليه زواج الرقيق ولو لم يأذن سيده بل ان عدم اذن السيد لعبده بالزواج كان يعتبر عتقا له.

---

(١) المنتقى جـ٣ ص ٢٧٢ جاء فيه: الفسق لا ينافي ولاية النكاح عند مالك وابى حنيفة.

(٢) انه مما يخالف القانون الطبيعي منع من يستطيع ممارسة الفعل الزواجي من انشاء علاقة زوجية.

(٣) ان منع الصغير قد تنتهي إلى مقارفة الزنا.

وبهذا استقر المبدأ في الكنيسة الكاثوليكية—وحددت—الارادة الرسولية لكاثوليك الشرق في البند الأول من القانون ٥٧ سن الزواج بستعشر سنة للرجل وأربع عشر سنة للمـــرأة دون أن يشترط رضـــا أو اذن وليهما. واكتفى البند الثامن من القانون المذكور بالنص على أنه وان صح عقد الزواج بعد السن المذكورة فليحرص مع ذلك رعاة النفوس ان يرغبوا عنه الشبان اذا طلبوا قبل السن التي الف الناس فيها عقده حسب القواعد المرعية في كل بلد.

كما نص القانون رقم ٢٤ على أن الكاهن يتعين عليه أن يحرص على نصح الاولاد القاصرين على أن يعقدوا الزواج دون علم والديهم أو بالرغم منهم اذا لم يوافقوا هولاء على الزواج عن صواب، واذا لم يذعنوا فلا يحضرون زواجهم مالم يسبق ويستشير الرئيس الكنسي.

وواضح ان عدم الانصياع لنصح الكاهن في هذه الحالة لا يترتب عليه بطـــلان الزواج عندهم انما قد يترتب عليه تأخير عقده اذا رأى الرئيس الكنسي ان لا يأذن للكاهن في عقده.

واذا كان الامر كذلك في الكنيسة الكاثوليكية فان الكنائس الشرقية جميعا قد حرصت على أن تجعل رضا ولى النفس لازما لصحة زواج من لم ترفع عنه تلك الولاية، وان كان هذا الرضا لا يكفي وحده لابرام العلاقة الزوجية.

وقد جرت الكنائس الشرقية في ذلك —كما يقول «دوفيليه ولكليرك» في كتابهما القانون الكنسي الشرقي — على سنة القانون الروماني فقد كان قانون جوستنيان لا يحتم رضا الابوين فحسب بل يشترط أيضا رضا رب الأسرة.

ولم يكن يجوز للفتاة التى تبلغ خمسة وعشرين سنة أن تتزوج بغير رضا أبيها، وعند عدم وجود أمها وعند عدم وجودهما فأقرب الأولياء اليها.

ولم تتحول الكنائس الشرقية عن ذلك منذ ذلك الحين إلى اليوم – ومنها الكنيسة المصرية للأقباط الأرثوذكس – حيث تنص المادة ١٩ من مجموعة قواعدها القانونية.

اذا كان سن الزوج او الزوجة دون الحادية والعشرين فيشترط لصحة الزواج رضا وليه الشرعي.

ولكن هذه الكنائس – حدت من اطلاق القاعدة فنصت على انه اذا اختلف الصغير مع وليه فى شأن الزواج فانهما يحتكمان إلى السلطة الدينية الشرعية ونصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة ١٩ التى أشرنا اليها حيث تقول:

(فاذا امتنع ولى القاصر عن تزويجه فرفع طالب الزواج الأمر إلى المجلس الملى للفصل) وكان مبدأ الاحتكام الى السلطة الدينية الشرعية مقررا منذ العهد التقليدى للقانون الكنسى المصرى – وقد أورده ابن العسال فى كتابه حيث يقول (ص ٢٠٢)(ومن يمنع الذين تحت حجره من أن يزوجهم ومن أن يتزوجوا ظلما ولا يعطيهم جهازهم للرؤساء أن يلزموه بالترويج والتجهيز.)

وأورده البطريك كيرلس بن لقلق فى قوانينه بنفس الصياغة تقريبا وحصر القاعدة كلها الابنامينوس فليتأوس – فى كتاب الخلاصة القانونية حيث يقول فى المسألة الخامسة عشر تحت عنوان (فى رضى الزوجين وغيرهما).

تتوقف صحة عقد الزواج على رضا الزوجين ورضا أبويهما أو أوليائهما مادامأ باقيين تحت الولاية أعنى ما داما لم يكملا خمسا وعشرين سنة بحيث اذا امتنع الآباء أو الأولياء عن أن يزوجوا من هم تحت ولايتهم الراغبين

الزواج بدون موجب شرعي يمنع رغبتهم فللرؤساء الروحيين أن يلزموهم بالترويج والتجهيز بقدر ما يمكن.

وكان من المقرر أن تنتقل ولاية الزواج للأرشد من العائلة اذا غاب ولى النفس، وان الحاكم هو ولى من لا ولى له.

الفصـــل الثالث

٣ــ ما عليه العمل فى جمهوريتي السودان ومصر

«أ» ما عليه العمل فى محاكم الجمهورية العربية المتحدة

ان المحاكم في الجمهورية العربية المتحـــدة تقضي في قضايا الأحـــوال الشخصية بالراجح من مذهب الامام أبى حنيفة،ولم تغير هذا المبدأ فى ولاية التزويج كما فعلت المحاكم الشرعية فى السودان،ولكنها أحدثت بعض تعديلات استأنست فيها برأى بعض فقهاء السلف السابقين،من ذلك رأى عثمان البتى وابن شبرمة وأبى بكر الاصم الذى يقول ان ولاية الاجبار تكون على المجانين والمعاتية فقط ولا تكـــون على الصغار قـــط،فليس هناك ولاية زواج أبدا على الصغير لأن الصغر يتنافى مع مقتضيات عقد الزواج، اذ «و عقد لا تظهر آثاره إلا بعد البلوغ فلا حاجة قبله. والولاية الاجبارية أساس ثبوتها هو حاجة المولى عليه اليها وحيث لا حاجة إلى زواج بسبب الصغر فلا ولاية تثبت على الصغار فيه وقد جعل الله سبحانه وتعالى بلوغ النكاح هو الحد الفاصل بين القصور والكمال فقال تعالى: (وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان انسيم منهم رشدا فادفعوا اليهم أمـــوالهم) فقـــد جعل الله سبحانه وتعالى فى هذه الآيـــة الكريمة بلوغ سن النكاح هـــو امارة انتهاء الصغر،واذا فلا ثمرة فى العقد قبل البلوغ وفى اثباته قبله ضرر بالصغير لانه عقد لا تظهر ثمراته قبل البلوغ،وفى اثباته قبله ضرر بالصغير لانه لا يستفيد من العقد ويبلغ فيجد نفسه مكبلا بقيود الزوجية وهو عقد يستمر فى أصل شرعته مدى الحياة.

وبهذا الرأى استأنس القانون المصرى رقم ٥٦ لسنة ١٩٢٣ الذى حدد بسن الزواج سماع الدعوى اذا لم تصل سن أحد الزوجين إلى القدر المحدد ومنع الموثقين من توثيق عقد الزواج إلا اذا ثبت لديهم أن سن الزوجة لا تقل عن ١٦ وسن الزوج لا يقل عن ١٨ سنة.

ويلاحظ أن القانون المصرى رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ منع سماع دعوى الزواج اذا كان سن الزوجين وقت التقاضي دون السادسة عشرة للزوجة ودون الثامنة عشر للزوج،ولم يمنع الانشاء،ولذلك فالعقد على الصغار صحيح ولا يمنـع القانون من صحته.والتصادق عنيه أمام المحكمة اذا كانت سنهما عند التصادق مستوفية للشروط.

هذا وان المعمـول به فى مصر هو رأى الحنفيـة في ولاية الاجبار التى تثبت للعصبات جميعا.

ان وزارة العدل اصدرت المنشور رقم ٥٨ المؤرخ في ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٨ الذى يتضمن التعليمات الخاصة بالاستيثاق من استيفاء شروط السن وخلاصتها كالآتى:

(١) ان الذين لا يشتبه في بلوغهم السن من الرجال والنساء الكبار تدون الوثيقة الخاصة بزواجهم من غير طلب شهادة بسنهم وينص فى الوثيقة على ذلك.

(٢) وأن من يشتبه في حقيقة سنهم تقدم شهادة الميلاد دليلا أو شهادة طبيب واحد أو أى ورقة رسمية يكون تقدير السن فيها لازما كاعلام رفع الوصاية،وان لم يكن شيء من ذلك فشهادة اثنين لهم معرفة بالزوجين.

ومن هذه الخلاصة نرى أن المنشور يعتبر شهادة اثنين من أدلة بلوغ السن فتكتب الوثيقة بشهادتهما،ولما كان بعض الشهود يكذبون اختلف فى اعتبار كذبهم تزويرا فى ورقة رسمية أولا. ان محكمـة النقض المصريـة اصدرت حكما لم تعتبره تزويرا لأن الكذب فى غير موضوع الورقة الرسمى،

وعقب ذلك صدر المرسوم بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٣٣ ونص على عقاب الشهود الذين يدلون بمعلومات كاذبة خاصة بالسن فى وثيقة الزواج وجاء فى المادة الثانية (يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنتين وبغرامة لا تزيد على مائة جنيه كل من أدلى أمام السلطة المختصة بقصد بيان بلوغ أحد الزوجين السن المحددة قانونا لضبط عقد الزواج على أساس هذه الاقوال أو الأوراق ويعاقب بالحبس أو بغرامة لاتزيد على مائتين جنيه كل شخص خوله القانون سلطة ضبط عقد الزواج وهو يعلم أن أحد طرفيه لم يبلغ السن المحددة فى القانون .)

«ب» ما عليه العمل فى محاكم جمهورية السودان الشرعية

لقد كانت الاصلاحات التى تجرى فى الجمهورية العربية المتحدة يكون صداها عندنا فى السودان، بل انه فى كثير من الأحوال تكون فكرة الاصلاح أو التعديل فى مصر ويتردد الناس فى قبولها سرعان ما يكون بها مشروع قانون يعمل به فى السودان.

هذا وان علماء السودان يتفقهون ويتعبدون على مقتضى المذهب المالكى، الأمر الـــذى كان له أكبر الأثر فى تعـــديل بعض المعمول به فى المحاكم الشرعية فى السودان وهو الراجح من مذهب الحنفية.

إن التطبيق العملى فى الســـودان مرنا بسبب اللائحة التى وضعت فى سنة ١٩٠٢ وفتحت باب التعديل فى المعمول به عن أيسر طريق اذ أن المادة الثامنة منها قد نصت على أن لقاضى القضاة أن يصدر من وقت لآخر وبموافقـــة الحاكم العام آنذاك تعليمات تتناسب مع هـــذا القانون لتنسيق قرارات ونظام وتشكيل سلطة وعمل المحاكم الشرعية.

ان لائحة ١٩١٥ تنص على انه يجـــب أن يقضى فى المحـــاكم الشرعية بأرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة واستثنى من ذلك الأحوال التى يأمر فيها قاضى القضاة بخلافه بموجب منشور أو نشرة أو مذكرة قضائية.

ومن هذا يظهر لنا أن المعمول به فى السودان له شعبتين:

الشعبة الأولى:

الراجح من مذهب الحنيفة وهو الأصل.

الشعبة الثانية:

المنشورات والنشرات والمذكرات والتعليمات التى ينشرها قاضى القضاة، وهذه يعمل بها بقوة القانون بل وتعتبر قانونا واجب التنفيذ (بعد مصادقـــة

الحاكم العام آنذاك) وذلك لأنها تستمد قوتها من نص قانونى هو تطبيق للمادة نمرة ٥٣ من القانون المنظم للمحاكم الشرعية.

ان السودان اقتبس الكثير من المعمول به فى مصر كما استقل باصلاحات وتعديلات كانت تلائم بيئات وعادات وميول أهالى السودان الفقهية الظاهرة فى الأخذ بمذهب المالكية. ومن ذلك نظام الولاية الاجبارية على الزواج التى كان يسير فيها على مقتضى مذهب الامام مالك الذى يقصر الولاية الاجبارية فى الزواج على الأب ووصيه.

كما أن السودان لم يقتبس من مصر بعض التعديلات ومنها منع سماع الدعوى الا بوثيقة زواج رسمية صادرة على يد موظف مختص وكان ذلك هو حكم القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ ولعل السبب فى ذلك أن رقعة السودان واسعة وأطرافه مترامية وفيه مناطق لايزال أهلها رحل لا يستقرون كما أن تصرفاتهم لا تزال فطرية، والزواج عندهم بشـرط الوثيقة الرسمية لا يتيسر فى كل الاحوال كما أن التلاعب بكتابة الأوراق العرفية لم تقع ولم يظهر شىء من ذلك إلا ما ندر.

هذا وان ما ظهر من منشور وملحقات ونشرة حتى اليوم فى موضوع ولاية التزويج تفصيله كالآتى:

(١) المنشور الشرعى رقم ٣٥ الصادر فى يوم ١٩٣٣،٣،٢٢.

وهو كالآتى:

مادة (١) الولى للمرأة بشروطه شرط لصحة الزواج شرعا فلا ينعقد زواج بدونه والعاقدان للزواج الولى والزوج أو من يقوم مقامهما.

مادة (٢) ينقسم الولى مجبر وغير مجبر فالمجبر هو الأب الرشيد أو وصيه.

مادة (٣) للأب الرشيد أن يجبر بنته الصغيرة ولو ثيبا والبكر البالغ إلى ثلاث وثلاثين سنة إلا لذى عاهة كخصى ومجبوب وعنين ومجنون

وابرص ومجذوم وسائر المعيبين بعيب يرد به الزواج سواء أكانت بكرا حقيقة أو حكما.

مادة (٤) للأب السفيه ان كان ذا عقل ودين جبر بنته أيضا والا نظر وليه في تعيين الزوج وتزوج بنته كيتيمة ويلي عقد زواجها الولي وان عقد السفيه فلوليه امضاءه ان حسن والا رده.

مادة (٥) الصغير الثيب اذا خلت من زوجها بموت أو طلاق ثم بلغت فلا تجبر على الزواج .

مادة (٦) لايجبر الاب بنته البالغة التي زالت بكارتها بعقد زواج صحيح أو فاسد مختلف فيه أو مجمع على فساده يدرأ الحد ولابنته البكر التي رشدها بعد البلوغ بقوله لها رشدتك اطلقت يدك أو نحوه ولا بنته التي أقامت في بيتها الساكنة فيه مع زوجها سنة من حين دخول الزوج بها ولو أنكرت الوطء بعد فراقها منه وافقها الزوج أم لا إلا اذا علم عدم خلوة الزوج بها فلا يرتفع اجباره عنها ولو اقامت معقودا عليها سنين..

مادة (٧) الكبيرة الثيب اذا ظهر فسادها وعجز وليها عن صونها يجبرها أبوها على الزواج أما غيره من الأولياء فيرفع أمرها إلى القاضي فان زوجها بلا رفع مضى.

مادة (٨) لوصي الأب وان نزل كوصي الوصي جبر من للأب جبرها وهي البكر حقيقة أو حكما التي لم تبلغ ثلاثة وثلاثين سنة والثيب التي لم تبلغ مطلقا اذا عين له الأب الزوج وبذل الزوج مهر المثل ولم يكن فاسقا أو امره الأب بالجبر صريحا كاجبرها أو ضمنا كزوجها قبل البلوغ أو بعده أو أنت وصي على بضع بناتي أو على تزويج بناتي أو على بنتي تزوجها بمن أحبت أو بكل عبارة تدل على انابته عنه بعد الوفاة مع ذكر البضع أو التزويج أوما يرادفه.

مادة (٩) لا تسمع دعوى تزويج الاجبار للوصى وان نزل الا اذا كانت الوصاية ثابتة بأوراق رسمية ولا يباشر المأذون ذلك العقد إلا بعد اذن القاضى الـــذى لا يأذن إلا بعـــد تحققه من ثبـــوت الوصاية المذكورة كما لا يتولى المأذون عقد زواج الثيب المذكورة بالمادة(٧) إلا بعد اذن القاضى.

مادة (١٠) الوصى فى الثيب بعقد زواج صحيح أو فاسد مختلف فيه أو مجمع على فساده درأ الحد (الوصى) على تزويجها ولى مـــن أوليائها يزوجها برضائها ويكون فى منزلة أبيها.

مادة (١١) بعد الأب ووصيه وان نزل لاجبر لاحد من الأولياء ولو بكرا يتيمة تحت حجره.

مادة (١٢) القاصرة التى ليس لها مجبر لا يزوجها الولى إلا اذا خيف فساد حالها بفقر أو زنا أو عدم حاضن شرعى أو ضياع مال أو دين وأتمت عشر سنين وأذنت لوليها بالقول ورضيت بالزوج وانه كفؤها فى الدين والحرية والنسب والحال والمال وان الصداق مهر مثلها وأن الجهاز الذى جهزت به مناسب لها وشور القاضى.

مادة (١٣) اذا زوجت قاصرة لم يخف فسادها صح الزواج ان دخل الزوج بها وطال أمده بأن ولدت ولدين فى بطنين أو مضت مدة ثلاثة سنين فان لم يدخل الزوج بها أو لم يطل أمد الزواج فسخ.

مادة (١٤) لايتولى المأذون اثبات عقد زواج قاصرة ليس لها مجبر إلا بعد اذن القاضى الذى لا يأذن إلا بعد أن يثبت لديه شرط وجوب تزويجها.

مادة (١٥) اذا لم تكن المخطوبة مجبرة قدم من أوليائها ابنها فابن ابنها وان سفل فالاب الشرعى فالأخ فابنه وان سفل فالجد الادنى فالعم الادنى فابنه فأبو الجد فعم الأب و هكذا يقدم الأصل على فرعه

وفرعه على أصل أصله ويقدم الشقيق على ذى الأب فى الاخوة ويليهم الاعمام وبنيهم ويقدم الأخ للأب على ابن الأخ الشقيق فمولى أعلى فعصبته فالرجل الكافل حين مات أبوها بشرط أن يكفلها زمنا يحصل فيه الشفقة والحنان بالفعل عليها فالحاكم وهو القاضى يزوجها باذنها ان ثبت عنده أنه لا ولى لها أو عضلها وليها أوغاب عنها غيبة بعيدة وأنها خالية من الموانع الشرعية فان لم يوجد من ذكر فيتولى أى فرد من المسلمين تزويجها بحكم الولاية العامة ولو الزوج فيتولى طرفى العقد.

مادة (١٦) اذا تزوجت امرأة بالولاية العامة كان لها ولى مجبر كان العقد فاسدا ويفسخ أبدا ولو أجازها المجبر وان كان لها ولى خاص غير مجبر فان كانت دنيئة وهى من لا يرغب فيها لحسب ولا نسب ولا جمال ولامال صح الزواج دخل الزوج بها أم لا وان كانت شريفة وهى من ليست كذلك فان دخل الزوج وطال الزمن بأن ولدت ولدين غير توأمين أو مضت مدة ثلاثة سنين صح عقد الزواج وان لم يطل الزمن بعد الدخول أو طال بعد العقد وقبل الدخول دخل الزوج بها أم لا فـلا قرب من الذى تولى العقد عند اجتماع أقرب وأبعد وللبعيد ان عدم القريب وللحاكم ان عدم الولى العاصب أو غاب على ثلاثة أيام فأكثر فسخ العقد أو اجازته وان كانت غيبتـه دون ذلك كتب اليه الحاكم ويوقف الزوج عنها.

مادة (١٧) يصح العقد اذا تولاه أحد وليين متساويين غير مجبرين كعمين أو أخوين وكذا يصح بولى أبعد مع وجود أقرب غير مجبر مع أخ أو أب مع ابن أو اخ لأب مع أخ شقيق.

مادة (١٨) اذا كان الوليان مجبرين كوصيين وتولاه أحدهما بلا اذن صاحبه فلابد من الفسخ وان أجازه الآخر.

مادة (١٩) البالغ التي ليس لها مجبر تزوج باذنها ورضاها بالزوج والصداق ويقبل قولها في بلوغها مالم يكذبها الظاهر فان كانت بكرا اعتبر صمتها رضا بالزواج والمهر كما يكون صمتها رضا بتولى وليها العقد فلو قيل لها هل تفوضين العقد عليك لوليك فلان مثلا فسكتت كان تفويضا غابت من مجلس العقد أو حضرت ولا يقبل من البكر دعوى جهلها بأن صمتها رضا لشهرة ذلك إلا اذا عرفت بالبله فان عرض عليها الزوج والصداق فمنعت بالقول أو ظهر منها ما يدل على الامتناع أو فعل أو قول فلا تزوج لعدم رضاها فان تزوجت فسخ العقد ابدا ولو بعد بناء وطول ولو اجازته أما لو ضحكت أو بكت فتزوج ما لم تقم قرينة على أن بكاها منع وضحكها استهزاء وان أتت بمنافيين اعتبر الأخير — وان كانت ثيبا فلا يكفي صمتها في تفويض العقد للولى الا اذا كانت حاضرة مجلسه ولو عرف ولابد أن تعرب بلسانها عما في نفسها من الرضا بالزوج والصداق أو بأحدهم ومثلها في ذلك ست من الابكار (الاولى بكر رشدها أبوها أو وصيها بعد بلوغها) (الثانية بكر عضلها أبوها فرفعت أمرها للحاكم وزوجها فلابد من اذنها بالقول فان أمر الحاكم أباها فزوجها لم يحتج لاذن) (الثالثة بكر غير مجبرة زوجت بعرض وهو ما ليس بذهب ولا فضة سوى أكان كل الصداق أم بعضه وهي من قوم لا يزوجون به) (الرابعة بكر ولو مجبرة زوجت بذى عيب موجب لخيارها كجنون وجذام) (الخامسة بكر يتيمة مع مراعاة شروط تزويجها المتقدمة) (السادسة بكر غير مجبرة افتات عليها وليها فعقد لها بغير اذنها ثم استؤذنت فلابد من اذنها بالقول).

مادة (٢٠) يصح العقد على المفتات عليها سوى أكانت بكرا أو ثيبا بشروط (الأول) أن ترضى بالعقد بالقول فلا يكفى الصمت كما تقدم.

(الثانى) أن يكون رضاها قريب الزمن من العقد بأن يسار اليها بالخبر وقته. (الرابع) الا ترد قبل رضاها به فان ردت فلا عبرة برضاها بعد الرد ولو قرب الرضا ويصح بالعقد بالشروط المتقدمة فى الأفتيات على الزوج أو الولى أيضا اما الافتيات على الزوجين معا فيفسخ فيه العقد مطلقا.

مادة (٢١) ابن المجبر أو أخوه أو أبوه أو غيرهم من سائر الاولياء الذى فوض اليه المجبر جميع شأنه بالقول كفوضت اليك جميع أمورى أو اقمتك مقامى فى جميع أمورى ونحو ذلك أو بالعادة بتصرفه له تصرفا عاما كتصرف الوكيل المفوض اليه وهو حاضر ساكت اذا تولى العقد واجازه المجبر صح اذا ثبت تفويضه له قبل عقد الزواج بالقول أو العادة ببينة.

مادة (٢٢) اذا كان المجبر حاضرا أو غائبا غيبة قريبة كعشرة أيام ذهابا وزوج الحاكم أو غيره من الأولياء بنته بغير اذنه ولم يفوض له أموره فسخ التزويج أبدا بطلاق بائن ولو أجازه المجبر ولو ولدت الاولاد وهذا اذا كانت النفقة جارية عليها ولم يخشى عليها الفساد وكانت الطريق مأمونة والا زوجها القاضى لا وليها سوى أكانت بالغة أم صغيرة ولو لم تبلغ عشرا ولم تأذن بالقول وان تبين أضراره بها بغيبته القريبة بأن قصد تركها بغير زواج كتب له الحاكم اما ان يحضر يزوجها أو يوكل وكيلا يزوجها والا زوجناها عليك فان لم يفعل زوجها الحاكم.

مادة (٢٣) ان غاب الولى المجبر غيبة بعيدة فان لم يرج قدومه بسرعة ولو لم يستوطن زوجها الحاكم برضاها واذنها صمتها اذا لم يخشى عليها ضيعة ولو دامت نفقتها فان خيف فسادها زوجها ولو جبرا اما اذا كانت ترجى عودته كمن خرج لتجارة أو نحوها ولم تطل

اقامته فلا تزوج مجبرته إلا اذا خيف فسادها.

مادة (٢٤) غير المجبرة اذا غاب وليها الأقرب مسافة من بلدها ثلاثة أيام فما فوقها وخطيبها الكفء فان كان له وكيل مفوض تولى التزويج والا زوجها الأبعد فيصح فان كانت غيبة الولى دون ثلاثة أرسل اليه فان حضر كان وبها والا زوجها الولى الأبعد.

مادة (٢٥) الولى اذا كان مجبرا أولا وفقد انتقل حق التزويج للأبعد يزوجها برضاها ولو جرت عليها النفقة ولم يخشى عليها ضيعة.

مادة(٢٦) اذا جن الأب جنونا غير مطبق أو حبس فلا تزال ولايته أما اذا كان الجنون مطبقا فوصيه يزوج بنته كيتيمة.

مادة (٢٧) شروط الولى الذكورة والبلوغ واتحاد الدين والعقل الكامل فاذا فقد الولى الأقرب وصفا منها انتقلت الولاية منه للأبعد مالم تكن الولاية لوصية أو معتقة فتوكل كل واحدة منهما عند العقد على اليتيمة والمعتقة من يستوفى شروط الولى لأن لهما حقا فى الولاية فى التزويج لكن منعتهما الانوثة عن مباشرتهما للعقد ولو كان الوكيل أجنبيا من الموكلة ولو مع حضور اوليائها ومن الموكل عليها فى الاولى لا الثانية ولى النسب مقدم على المعتقة.

مادة (٢٨) على القضاء الحكم بما نص عليه فى هذا المنشور فى الحوادث الواقعة من تاريخ أول اكتوبر سنة ١٩٣٣ وأما الحوادث التى قبل ذلك فتطبق عليها أحكام كتب مذهب الامام أبى حنيفة.

(٢) ملحق رقم «١» للمنشور الشرعي رقم ٣٥ :

صدر هذا الملحق في يوم ٥ أغسطس سنة ١٩٣٤.

عند تطبيق المنشور الشرعى رقم ٣٥ عرضت حالة هى حضور الزوج الكفء الذى لا ينتظر حضور الولى . ولما كان الزوج الكفء لا يصح

أن يترك اذ فى ترك تزويجه الضرر كله رأينا نشر هذا على المحاكم للعمل به.

في حالة غياب الولى سواء أكان مجبرا أو غير مجبر غيبة بحيث لو انتظر حضوره يخشى فوات الزوج الكفء كأن يكون الزوج آت فى اجازة قصيرة مثلا أو نحو ذلك وكان يصرح بأنه اذا كلف بأن ينتظر الولى تزوج بسوى مخطوبته وكانت المخطوبة بالغة فعلى المأذون أن يتولى عقد الزواج بولاية أقرب الأولياء الموجودين بمحل اقامة المخطوبة بتوكيلها له فى تولى هذا الزواج. ولكن لا يقدم على التزويج إلا بعد أخذ شهادة من العمدة أو الشيخ وأقارب المخطوبة ان وجدت وشهود العقد ويوقع عليها من الزوج ووكيله بأن فلان الكفء (الزوج خطب فلانة (الزوجة) ووليها والدها فلان مثلا غائب والخاطب قرر أنه يترك هذا الزواج اذا كلف بانتظار الولى ويشير المأذون فى وثيقة الزواج لهذه الشهادة لتكون الوثيقة حجة على صحة الزواج عند القضاء لو رفعت دعوى بشأن عدم صحتها وعندما يورد المأذون ايراده يقدم هذه الشهادة لتحفظ مع جدول العقود بالمحل الخاص به ويوقع من القاضى على هامش الورقة باطلاعه على هذه الشهادة.

(٣) ملحق رقم ٢ للمنشور الشرعى رقم ٣٥ الصادر يوم ١٤،٤،١٩٣٥

قد دلت الحوادث على عدم صلاحية الملحق الأول للمنشور نمرة ٣٥ بجهات مديرية كردفان على وجهه ونظرا لوجود عدد كبير من المحاكم الأهلية بتلك المديرية رأينا بعد موافقة جناب السكرتير القضائى لحكومة السودان أن يطبق مضمونه بجهات المديرية المذكورة على الوجه الآتى:

متى احتيج إلى الشهادة التى ينص عليها ملحق المنشور المذكور وكان من المتعذر الحصول عليها من المحكمة الشرعية لبعد الجهة مثلا مع ضيق الوقت وجب استخراج هذه الشهادة من أقرب محكمة أهلية بالصيغة التى ينص عليها ملحق المنشور ويكون العمل بها على الصفة المبينة به.

والله ولى التوفيق،

(٤) ملحق رقم ٣ للمنشور الشرعي رقم ٣٥ صدر في ١،٧،١٩٣٧

اذا ترك الولى الانفاق على وليته مع وجوبه عليه شرعا سواء كان مجبرا أو غير مجبر سقطت ولايته وتزوج المرأة بوكالة أقرب الأولياء شرعا فان امتنع وكلت غيره ممن تشاء.

(٥) نشرة عامة صدرت في يوم ١٥،٧،١٩٥٩ :

قد نص الملحق نمرة ٣ السابق أن الولى اذا ترك الانفاق على موليته مع وجوبه عليه شرعا سواء كان مجبرا أو غير مجبر سقطت ولايتـــه وتزوج المرأة بوكالة أقرب الأولياء اليها شرعا فاذا امتنع وكلت غيره ممن تشاء.

ولم يذكر بالملحق المذكور مقدار المدة التى اذا لم ينفق فيها سقطت ولايته ونرى أن تكون هذه المدة ستة أشهر فأكثر وتكون مقارنة للتاريخ الذى تطلب فيه المشاكية اسقاط الولاية.

(٦) المنشور الشرعى رقم ٥٤

صدر من محكمة عموم السودان الشرعية

فى يوم السبت ٣ الحجة ١٣٧٩ هـ الموافق

١٩٦٠،٥،٢٨

يلغى المنشور نمرة ٣٥ وملحقاته ويستبدل بالآتى :

الولايـــة فى الزواج

المادة (١) الولى للمرأة بشروطه شرط لصحة الزواج شرعا فلا ينعقد زواج بدونه والعاقدان للزواج الولى والزوج أو من يقوم مقامهما.

هـذه المادة رقم «١» هى عين المادة رقم «١» من المنشور السابق الملغى نمرة ٣٥ الصادر فى يوم ١٩٣٣،٣،٢٢ نقلت بنصها ولم يعدل أو يبدل شىء فى نصها أو معناها. «وعليه تكون هذه المادة موافقة للمذهب المالكى».

شرط الولى

المادة (٢) الذكورة – البلوغ – اتحاد الدين – العقل الكامل – فاذا فقـد الولى الأقرب وصفا منها انتقلت الولاية إلى الأبعد.

هذه المادة رقم «٢» هى عين الفقرة الاولى المهمة من المادة رقم «٢٧» من المنشور السابق الملغى وذلك بعد حذف الفقرة الاخيرة التى هى عبارة عن استثناء وتوضيح. «وعليه تكون الشروط المـذكورة فى هـذا المنشور الجديد هى عين الشروط الواجب توافرها فى الولى فى المذهب المالكى.»

المادة (٣) يقدم من الأولياء الابن وان سفل فالأب الشرعى فالأخ فابنه وان سفل فالجد الادنى فالعم الادنى فابنه فأبو الجد فعم الأب وهكذا يقدم الأصل على فرعه وفرعه على أصل أصله ويقدم الشقيق على ذى الأب فى الاخوة ويليهم الاعمام وبنيهم ويقدم الأخ لأب

على ابن الاخ الشقيق فمولى أعلى فعصبته فالرجل الكافل لهـا حين مات أبوها بشرط أن يكفلها زمنا يحصل فيه الشفقة والحنان بالفعل. فالحاكم وهو القاضي يزوجها باذنها ان ثبت عنده أنه لا ولى لها أو عضلها وليها أو غاب عنها غيبة بعيدة وأنها خاليـة من الموانع الشرعية فان لم يوجد من ذكر فيتولى أى فرد مـن المسلمين تزويجها بحكم الولاية العامة.

هذه المادة رقم «٣» من المنشور الجديد هي المادة رقم «١٥» من المنشور السابق حذف منه اجزاء قليلة كانت توضحه وتزيد في معناه ، وقد حذفت في الصياغة من المادة قوله « اذا لم تكن المخطوبة مجبرة ....» وهذا الحذف يغير في المعنى إلا اذا اخذنا في الاعتبار نية المشرع وقت الصياغة .

« مع هذا يعتبر الترتيب الوارد لاولياء المخطوبة غير المجبرة هو عين الترتيب الوارد في المذهب المالكي.»

المادة (٤) اذا تزوجت امرأة بالولاية العامة مع وجود الولى الخاص في مكان العقد أو في مكان قريب يمكن أخذ رأيه فيه فسخ العقد.

هذه المادة رقم «٤» من المنشور الجديد هي عبارة عن المعنى المهم اخذ من المادة رقم «٢٢» من المنشور القديم في صياغة جديدة مختصرة حذف منها عبارة المجبر وبعض الاشتراطات والتوضيحات الواردة في المادةالقديمة.

« ومع ذلك هي أيضا عبارة عن المعنى المراد للمذهب المالكي وهـو المحافظة على حق الولى الخاص في تزويج موليته.»

المادة (٥) يصح العقد اذا تولاه أحد وليين متساويين كعمين أو أخوين وكذا يصح بولى أبعد مع وجود ولى أقرب اذا رفض الأقرب تولى العقد. أما اذا غاب الولى الاقرب فان كانت غيبتـه بحيث لـو انتظر حضوره يخشى فوات الزوج الكفء فتزوج بولاية الأبعد.

هذه المادة رقم «٥» هى عبارة عن نص المادة رقم «١٧» من المنشور القديم رقم «٣٥» والملحق رقم «١» وقد زاد المنشور الجديد عبارة «اذا رفض الأقرب تولى العقد» وهى زيـادة غيرت المعنى الذى اراده المذهب المالكى بعض الشىء وقد لخصت المادة المرادة.

المادة (٦) البالغ تزوج باذنها ورضاها بالزوج والمهر ويقبل قولها فى بلوغها مالم يكذبها الظاهر فان كانت بكرا اعتبر صمتها رضا بالزوج والمهر — ولا يقبل من البكر دعوى جهلها بأن صمتها رضا لشهرة ذلك الا اذا عرفت بالبله فاذا عرض عليها الزوج والمهر فرفضت بالقول أو ظهر منها ما يدل على الامتناع من فعل او قول فلا تزوج لعدم رضاها فان زوجت فسخ العقد ولو أجازته بعد رفضها.

وان كانت ثيبا فلا يكفى صمتها فى تفويض العقد للولى ولابد أن تعرب بلسانها عما فى نفسها من الرضا بالزوج والصداق.

هذه المادة رقم «٦» نقلت بنصها من المادة رقم «١٩» من المنشور القديم بعد حذف اجزاء منها . مما حذف من المادة القديمة وغير المعنى عبارة « التى ليس لها مجبر » بعد لفظة «البالغ» الواردة فى أول المادة؛ الأمر الذى جعل لفظة «البالغ» تشمل المجبرة وغير المجبرة « وهو معنى لم يقصد اليه المذهب المالكى.»

المادة (٧) البكر البالغ اذا عقد عليها وليها بغير اذنها ثم أخبرها بالعقد فلابد من قبولها بالقول صراحة فاذا لم تقبل فسخ العقد.

هذه المادة رقم «٧» هى تقريبا نفس معنى الجزء الاخير من المادة رقم «١٩» من المنشور القديم؛ الا أن الفرق بينهما هو ان المادة «١٩» فى اخرها جاءت بحكم المفتات عليها « وهى غير المجبرة» ولكن المشرع فى المادة رقم «٧» من المنشور الجديد قصد البكر البالغة مطلقا مجبرة أو غير مجبرة. ودليلنا على ذلك يفهم من اطلاقة عبارة (وليها) من غير تقيد له بمجبر او

غير مجبر . وهذه المادة بهذا المعنى خالفت المذهب المالكى.

المادة (٨) القاصرة اذا خيف فسادها وتمت عشر سنوات تزوج بعد اذن القاضى ويشترط قبولها بالزوج كما يشترط أن يكون الزوج كفؤا لها والمهر مهر امثالها والجهاز مناسبا.

هذه المادة رقم «٨» تسلب الولى المجبر «عند المالكية» سلطته فى القاصرة؛ «ومن باب أولى البكر البالغة» ولو طلب الولى الاذن من القاضى! وعليه لايجوز حسب منطق المادة زواج القاصرة الا اذا توفرت الشروط اللازمة وهى:

(١) اذا خيف فسادها. (٢) اذا تمت عشر سنوات من عمرها. (٣) اذا اذن القاضى. (٤) اذا قبلت بالزوج. (٥) اذا كان الزوج كفؤا والمهر مهرمثلها والجهاز مناسبا.

وهذه الشروط هى التى اشترطها المذهب المالكى فى تزويج اليتيمة، وهى بعينها التى اشترطها المادة فى تزويج أى قاصرة تمت عشر سنوات من عمرها.

هذا، واذا جاز لنا ان نأخذ بالمفهوم المخالف من هذه المادة نستطيع ان نقول ان هذه المادة تمنع زواج القاصرة دون العاشرة من عمرها مطلقا «وعليه هذه المادة لم تتقيد بمذهب معين بل كانت باجتهاد مطلق من المشرع».

المادة (٩) على القضاة الحكم بما نص عليه فى هذا المنشور فى الحوادث الواقعة من تاريخ صدوره»

هذه المادة لاتعليق لنا عليها اكثر من انها كانت فى حاجة الي ان تحيل الي مذهب معين او ان تلحق بمذكرة تفسيرية موضحة تمكن القضاة من الحكم بما نص عليه هذا المنشور من غير عناء.

الفصل الرابع

٤ـ ملاحظات عامة في التشريعين السوداني والمصري

«أ» ـ التشريع السوداني

ملاحظات على ما جاء بالمنشور ٣٥ وملاحقه:

فى المادة رقم ٣ اختارت المحاكم الشرعية للعانس سن الثلاثة والثلاثين بداية للعنوس وهو موضع خلاف فى المذهب المالكى حيث أن بعض المالكية قدره بثلاثين سنة وبعضهم بخمس وثلاثين وبعضهم بأربعين وبعضهم بغير ذلك يراجع الخرشي جزء رقم ٣ صفحة نمرة ١٦٧.

وقد اختارت المحاكم فى المادة «٥» العمل بقول ابن القاسم واشهب الذى استحسنه اللخمى وهو عدم جبر الثيب التى طلقها زوجها أو مات عنها قبل البلوغ ثم بلغت قبل النكاح.

والمادة رقم ٩ من المنشور منعت المأذون من مباشرة عقد الوصى بطريق الاجبار إلا بعد أن يأذن له القاضى بذلك والقاضى لا يأذن إلا بعد أن يتحقق من ثبوت الوصاية المذكورة وهى لا تكون ثابتة لدى القاضى إلا اذا كانت باوراق رسمية ولا يخفى ما فى ذلك من اضعاف لحق الوصى أضعافا فيه الكثير من الاحتياط لحق المجبرة.

كما جاء فى المادة رقم ١١ أن لا جبر لاحد من الاولياء بعد الاب ووصيه ولو بكرا يتيمة تحت حجره وهذا لا يتفق مع ما جاء فى الخرشي جزء ٣ صفحة ١٧٦ إلا اذا كان المقصود من المادة أن لا جبر له على غير البالغة.

ولقد جرى المنشور فى المادة رقم ١٧ على أن العقد يصح بولى أبعد مع وجود ولى أقرب غير مجبر كعم مع أخ أو أب مع ابن ومن هذا يفهم أن الولى الابعد هو الولى المتأخر فى المرتبة وبالاقرب المتقدم عليه ولو كانت جهة القرابة متحدة وكما يجوز تزويج الابعد مع وجود الاقرب فانه يجوز من باب أولى تزويج أحد المتساويين بدون اذن الآخر كأن يزوج أحد الأعمام

أو الاخوة الاشقاء من غير أن يأذن له من يساويه فى الولاية من باب أولى ومن الملاحظ فى الملحق رقم ١ أنه فى حالة الولى اذا غاب سواء أكان مجبرا أو غير مجبر بحيث اذا انتظر حضوره يخشى فوات الزوج الكفء يكون على المأذون أن يتولى عقد الزواج بولاية أقرب الأولياء الموجودين فى محل اقامة المخطوبة بتوكيلها له فى تولى هذا الزواج ولكن لا يقدم على هذا التزويج إلا بعد أخذ شهادة من العمدة أو الشيخ وأقارب المخطوبة ان وجدوا وشهود العقد، ويوقع عليها المأذون أو وكيله بأن فلاناً الكفء خطب فلانة ووليها والدها فلان غائب والخاطب قرر أنه يترك هذا الزواج اذا كلف بانتظار الولى ويشير المأذون فى وثيقة الزواج إلى آخر ما جاء فى النشرة....

ولكن هـــذا الملحق كما هو ظاهر يفترض فى المأذون أن يكـــون فى مستوى علمى يمكنه أن يفهم كيف يحسن مثل هذا التصرف؛ كما يفترض ان يكون عدد المأذونين وافراً يكفى حاجة هذا البلد الشاسع الواسع، الامر الذى لم يتحقق بعد.

هذا وقد نص الملحق نمرة ٣ على أن الولى اذا ترك الانفاق على موليته مع وجوبه عليه شرعا سواء أكان مجبرا أو غير مجبر سقطت ولايته وتزوج المرأة بوكالة أقرب الأولياء اليها شرعا فان أمتنع وكلت غيره ممن تشاء ولقد جاءت النشرة الصادرة يوم ١٥،٧،١٩٥٩ فوضحت مقدار المدة التى اذا لم ينفق فيها الولى سقطت ولايته وهى ستة اشهر فأكثر ولا يخفى ما فى هـــذا التوضيح من معاونة للقاضى فى تسهيل مهمته.

ملاحظات على ما جاء بالمنشور رقم ٥٤

يلاحظ من النشرة نمرة ١٤،٣٧ لسنة ١٩٥٩ التى ارسلها صاحب الفضيلة قاضى القضاة لقضاة المحاكم الشرعية ونصها كالاتى:

(أثير فى الأيام الأخيرة نقاش كثير حول الولاية فى الزواج وحول التشريع الذى اشتمل عليه المنشور نمرة ٣٥ وملحقاته.

ولكى نتمكن من البت فى ابقاء هذا التشريع أو تعديله بما يتمشى مـــع المصلحة العامة نرجو افادتنا برأيكم عنه وما تقترحون بشأنه على ضوء الحوادث أمامكم بسببه.

ونأمل أن يكون رأيكم واضحا ومختصرا ما أمكن)

أن صاحب الفضيلة قاضى قضاة السودان كان يهدف إلى ابقاء تشريع المنشور نمرة ٣٥ وملحقاته كما هو أو تعديله بما يتمشى مع المصلحة العامة ولكن بعد أن تجمعت لديه المعلــومات الكافية فى الموضـــوع من القضاة الشرعيين فى محاكم السودان رأى أن يلغيه ويستبدله بمنشور مختصر هو المنشور نمرة ٥٤ لسنة ١٩٦٠.

والذى يظهر لى من المادة الأولى منه حتى المادة السادسة أن الالغاء لمنشور الولاية نمرة ٣٥ الذى كان تشريعه وفقا لأحكام المذهب المالكى لم يرجع بالقضاة الشرعيين إلى أن يحكموا بالراجح من مذهب ابىحنيفة لأن المنشور نمرة ٥٤ أتى بمواد أغلب أحكامها من المذهب المالكى إلا جزءاً من المادة السادسة فقد جاء فيها ما يأتى:

(فاذا عرض عليها — يعنى البكر البالغ — الزواج والمهر فرفضت بالقول أو ظهر منها ما يدل على الامتناع من فعل أو قول فلا تزوج لعدم رضاها فان زوجت فسخ العقد ولو أجازته بعد رفضها).

وان معنى ما ورد فى هذا الجزء من المادة ان البكر البالغة لا تجبر وليس لوالدها جبرها اذا امتنعت عن الزواج صراحة او دلالة، فاذا زوجها فسخ الزواج مطلقا ولو اجازته بعد ذلك ، وهذا الكلام يخالف احكام المذهب المالكى التى تجيز لـوليها المجبر تزويجها مادام يستوفى شروط الولايـــة وزوجها من كفء غير معيب أمهرها مهر المثل.

كما أن المادة السابعة من نفس المنشور توجب على الأب وغيره مـــن

الأولياء استئذان البكر البالغ والمذهب المالكى يرى استحباب ذلك ونص المادة كالآتى:

(البكر البالغ اذا عقد عليها وليها بغير اذنها ثم أخبرها بالعقد فلابد من قبولها بالقول صراحة فاذا لم تقبل فسخ العقد).

واما المادة الثامنة منه ونصها كالآتى:

(القاصرة اذا خيف فسادها وتمت عشر سنوات تزوج بعد اذن القاضى ويشترط قبولها بالزوج كما يشترط أن يكون الزوج كفؤا لها والمهر مهر أمثالها والجهازمناسبا).

يظهر من نص هذه المادة أن القاصرة اذا كانت أقل من عشر سنوات فليس لوليها ولو كان أبا أن يزوجها حتى ولو أذنت له المحكمة بعد مشاورة القاضى، فاذا بلغت عشر سنوات أيضا ليس لوليها تزويجها الا بشروط هى تقريبا شروط تزويج اليتيمة عند المالكية.

وشروط المادة هى أن يكون الزوج كفؤا لها والمهر مهر مثلها والجهاز مناسبا.

هذا ولا يخفى ما فى تحديد سن القاصرة من ميل من المشرع السودانى إلى تحديد سن للترويج.

ثم من ملاحظاتى على هذا المنشور أنه لم يوضح أنه عدل من بعض أحكام المذهب المالكى ولم ينبه القضاة الشرعيين ليعملوا من ناحية عامة فى قضاياهم الخاصة بالولاية وفقا لأحكام المذهب المالكى مراعين ما جاء فى هذا المنشور من تعديل.

ثم ان محكمة عموم السودان لم تساعد القضاة بوضع مذكرة تفسيرية لهذا المنشور ولا بتشريع ملاحق تأتى تباعا تبين الأحكام الفرعية التى يجب توافرها للقضاة ليحكموا فى القضايا المختلفة فى موضوع الولاية.

وفيما عدا هذه الملاحظات فان المنشور جاء بأسلوب مختصر ودقيق راعى فيه المشرع بعض ظروف المجتمع السودانى وراعى فيه تطوره.

«ب» – التشريع المصرى

ملاحظات على ماجاء فى المادة ٥٦ لسنة ١٩٢٣ والمادة ٧٨ لسنة ١٩٣١

(١) يلاحظ أن التشريع المصرى وضع تحديدا لسن الزواج.

(٢) منع الموثقين من توثيق العقد لمن كانت سنه دون السن المحددة.

(٣) منع القضاة من سماع دعوى الزوجية اذا كان سن أحد الزوجين عند انشاء العقد دون هذا السن. إلا أنه رأى تيسيرا على الناس أن يقصر المنع على من كانت سنه وقت الدعوى أقل من السن المحددة.

(٤) لم يتعرض التشريع لصحة الزواج ونفاذه لمن كانت سنه دون السن المحددة وانما فقط منع توثيقه ومنع سماع الدعوى به.

«ج» نتيجة البحث :

لقد اتفق المالكية والشافعية والحنابلة على ضرورة وجود الولى فى النكاح واتفقوا على ضرورة تقسيمه إلى ولى مجبر وولى غير مجبر واتفق الشافعية والحنابلة على أن الولى المجبر هو الأب والجد و خالف المالكية فقالوا الولى المجبر هو الأب فقط واختلفوا فى الوصى والحاكم.

هذا وقد اتفقت المذاهب المعتبرة كلها على أن ولاية الاجبار للأب. واجازوا له أن يزوج ابنته البكر بدون اذنها ورضاها على اختلاف بينهم فى الشروط التى يصح بها تزويج المجبرة على الوجه المبين فيما مضى.

ومما لا ريب فيه أن هذا الرأى المتفق عليه الذى يوفر سلطة الأب على ابنته يراعى ظروفا اجتماعية كثيرة ويلاحظ أحوالا اجتماعية تختلف باختلاف الزمان والمكان ويحفظ للأسرة وحدتها وتماسكها.

وأما الرأى الذى يحجر على الأب (بالذات) أن يفكر لابنته ويراعى مصلحتها فى الأمر الذى له خطورته فى حياتها وهى ضعيفة بطبيعتها وكثيرة الخضوع فى أغلب الأحايين للرجال، وسريعة التأثر بعاطفتها حتى بعد كبرها، فهو رأى قد يجر الأسرة بتمامها إلى مأساة محزنة قد تفكك روابطها وتفرق بين أفرادها، فمن الواجب أن نترك للأب الرشيد المعتدل حقه فى الاجبار، ولكن لا مانع من أن نقيد هذا الحق، باجراءات تضعف من حدته بطريقة تحافظ على مصلحة المجتمع أولا وعلى مصلحة القاصرة ثانيا.

«د» مقترحات :

ولما كانت ولاية الاجبار حقاً شرعياً منحته الشريعة للأب باتفاق الفقهاء وأقرته الأسرة المسلمة طيلة القرون الماضية وإلى أن ظهر هذا العصر بأحداثه الكثيرة وقلاقله المثيرة واضطراباته المتكرره.

أرى أنه ليس من العدل أن نسلب الأب وهو صاحب الحق الأول حقه

المشروع ولا من الانصاف أن نترك الصغيرة من غير ضمانات تكفل لهـا مصلحتها ولا من الخير للمجتمع أن لا تراعى ظروفه الاجتماعية المتغيرة.

ولهـذا :

(١) أرى أن البنت الصغيرة ومثلها الصغير دون سن التمييز او فوق سن التمييز الي التاسعة لايسمح « من حيث الاجراءات » لموثق العقود من توثيق عقد لهما لعدم حاجتهما إلى الزواج عادة كما لا يسمح بسماع دعوى ترفع منهما امام المحاكم الشرعية إلا بعـد اذن من صاحب الفضيلة قاض قضاة السودان.

(٢) والبنت الصغيرة بعد سن التاسعة إلى سن البلوغ تزوج،ولابيها ان يعقد عليها بعـد مشاورة القاضى وأخذه منه اذنا بالزواج وليس للقاضى ان يأذن الا اذا ثبت لديه أن الأب مستوف الشروط ويتمتع بشرط الولاية التكميلي وهو العدالة عند المالكية وان الزواج فيـه مصلحة واضحة للبنت أو أنها يخشى عليها الفساد والزوج كفء وسليم من العاهات التى توجب خيار الزوجة كالخصاء والجنون والجذام والبرص ونحـوه والمهر مهر مثلها والجهاز يناسب حالها.

(٣) أما البنت البالغة « مالم يرشدها أبوها (فانها احق بنفسها من وليها) أو تعنس أو تكون ثيبة بالغة من زواج صحيح » فلا تزوج إلا بعد اذنها بالقول صراحة أو دلالة،وعلى موثق العقود أن يسمع منها ذلك بنفسه، وبحضور شاهدين فان بدا له منهـا رفض الزواج صراحة أو دلالة فعليه أن يمتنع عن التوثيق إلى أن يأتيه وليها باذن من القاضى.

(٤) ويسرنا ان يعمل صاحب الفضيلة قاضى قضاة السودان من اليوم علي تعميم نظـام توثيق جميع عقودات الزواج بالسـودان. ورفع مستوى المأذونين المادى والعلمى.

هذا وليس غريبا أن يتمسك أهالى السودان بأحكام المذهب المالكى فى

هذا الموضوع لاسيما اذا علمنا أن غالبية الشعب السوداني يقلد المذهب المالكي ودراسة فقهاء الشريعة في أغلب بلاد السودان مالكية. ولا تزال المرأة السودانية تحت امرة أبيها ومن العيب الفاضح عندنا في السودان أن تخرج على رأى أوليائها من الرجال. ثم ان الاغلبية الساحقة عندنا لاتزال ترى أن استقلال المرأة ولو عانسا بالتزويج بمن تشاء دون اذن وليها (متى كان الزواج كفؤا وتزوجها بمهر المثل) أمر غير مستساغ ولامقبول لدى الرأى العام، ولذلك في سنة ١٩٣٣ حين كان العمل بالمشهور من مذهب أبي حنيفة نشأت أحداث عظيمة في بعض القبائل السودانية مما أدى إلى اضطراب الأمر واضطرت المصلحة القضائية آنذاك ان تصدر المنشور الشرعي ٣٥ الـذى نظم احكـام الولاية على أساس من المذهب المالكي واستمر الحال على ذلك حتّى صدر في عام ١٩٦٠ المنشور رقم ٥٤ المتقدم ذكره.

هذا ، ولا يسعني إلا أن أعترف بضعفي وتقصيري أما أحكام شريعة الاسلام الغراء التي كلما أمعنت في دراستها وجدتّها بحرا خضما متلاطم الامواج يغرق السابح فيه اذا لم تكتمل أدواته، ووجدتّها دائما تلبي حاجة المجتمع في كل زمان ومكان.

خاتمة البحث

المجتمع مجموعة أسر ، والأسرة هي الوحدة الأساسية فيه ، لـــذا فإن العناية بالأسرة يجب ان يكون هو هدف المصلحين الاجتماعيين الـــذين يحفـــزهم لدراستها ، واستنباط الوسائل التي تؤدى إلى حماية افرادها واستقرارهم ؛ اذ أنه كلما كانت الأسرة مترابطة بعيدة عن عوامل التفكك والضعف ، كان المجتمع سليما صحيا واقتصاديا ، ومستقرا اجتماعيا وسياسيا.

والأسرة كالمجتمع ، لا غنى لها عن احكام وقواعد تضعها الدولـــة لتنظيم العلاقات التي تنشأ بين افرادها من جهة ، وبينها وبين بعض الأسر الأخرى ، وبينها وبين الدولة من جهة ثالثة.

التشريع للأسرة في جمهورية السودان مستمد من أحكام الشريعـــة الإسلامية للمسلمين ، ومن غير الشريعة الاسلامية لغير المسلمين ، ولهذا نرى المشرع الوضعي من وقت لآخر يتدخل بالقدر اللازم ، فيلجأ إلى تغليب رأى في المذاهب على رأى آخر في فقه تشريع الأسرة ؛ إلا أن المشرع الوضعي مع هذا لم يحدد حتى الآن الأصول العامة المحددة التي تسرى على الوقائع دون نظر إلى ذات الشخص أو الواقعة ، لهـذا كان تغليبه لرأى دون رأى يؤدى في كثير من الأحوال إلى ضعف التشريع والتفكك في نظريته العامة ؛ علما بأن التشريع الإسلامي في أسس تشريعاته عاما يتجرد حين يعالج حالة عامة كالأسرة وينتظم بأحكامه جميع الأسر والبيوت التي تتشابه ظروفها واحوالها.

والتشريع الاسلامي من حيث كونه وسيلة الدولة في تنظيم الروابط الإجتماعية ، ينظم الروابط التي لها مظهر خارجي بشكل يحقق التوافق والتنسيق بين مصالح الأفراد المتعارضة ، ويحكم النوايا والعواطف للأفراد التي لا يكون لها مظهر خارجي؛ ، الأمر الذى لا تراعيه القوانين المعاصرة الوضعيه.

والتشريع الإسلامي يهدف دائما إلى اقرار الأمن والسلام داخل الجماعة وداخل الأسرة ، ويعمل على بقائهما وارتقائهما ، ولهذا يرتب العقوبة والجزاء في الدنيا والآخرة على مخالفة أحكامه.

فالأسرة وهي الوحدة الأساسية للمجتمع لا تتحرر من التأثر بعوامل العواطف والنوايا ، لأن الأسرة مبنية بطبيعة تكوينها على أساس عميق من العاطفة والنية الباطنة . ومن هنا كانت مهمة المشرع الوضعي للأسرة عسيرة جدا، إذا لم تقترن بتدابير ووسائل اخرى غير وضع القوانين، وسائل تشيع الجو الصالح والبيئة الملائمة ليستطيع التشريع أن يؤتي ثماره المرجوة.

والتشريع في نظرى مالم يقترن بعقوبة أو جزاء فقد عنصرا هاما من عناصر اكتساب احترام عامة الناس والتزامهم باحكام التشريع عندما لا تتوفر لهم مصلحتهم خاصة ، وبالتأثير في الجماعات المسلمة «الراقية» يتوفر للأغلبية المثقفة من افرادها الشعور بوجوب احترام التشريع ، وعدم الخروج عليه لرضائهم عنه وايمانهم واقتناعهم بصلاحيته في تنظيم علاقات الأفراد وضرورة بناء كيانهم واسعادهم.

وفي نظرى أن الجماعات مهما بلغ افرادها من الأرتقاء فان ، ذلك لا يشفع في الغاء الجزاء، لان كل جماعة تحتوى على شواذ يجب ان يعلموا سلفا ان الخروج على القواعد التشريعية التى تطبقها الدولة سيلحق بهم الجزاء المترتب على هذه المخالفة.

فالتشريع الخاص بالأحوال الشخصية «والنيابة عن الغير في عقد الزواج جزء منه» لابد منه لأنه ينظم الروابط المقدسة بين أفراد الأسرة داخل البيت ، ولأن هذه الروابط تتأثر بالعواطف والنوايا غير الظاهرة ، لذلك فإن أسس الجزاء لما يضعه المشرع من احكام لتنظيم هذه الروابط سوف يتأثر بهذه العـوامل العاطفيـة ، ويجب أن يكون مرتبطا بها وملائما لها.

فالدولة مثلا عندما تتدخل بالتشريع لتحديد سلطة الأب على ابنته فإنها لا تستطيع ان تمنع جانبا من حرية الفتاة اذا بلغت مبلغ الرشد واستطاعت أن تختار لنفسها ، وان الدولة عندما تتدخل وتمنح الفتاة العاقلة البالغة حريتها في اختيار شريك حياتها « الزوج» فإنها لا تستطيع أن تمنع الأب من أن يباشر جانبا من سلطته للحد من حرية الفتاة المطلقة التى لا تراعى حق الأبوة ولا صالح العائلة. ولابد للدولة لتضمن احترام تشريعاتها أن تضع العقوبات أو الجزاءات التى تتلائم مع العوامل الظاهرة وغير الظاهرة ، الجزاءات التى تتلاءم مع طبيعة المخالفة بحيث تؤدى تلك العقوبات إلى التريث في ارتكابها مع توفير الضمانات اللازمة للأقلال من الأضرار التى تنجم عنها ، بالنسبة للافراد الذين وقع عليهم الضرر وبالنسبة للمجتمع باعتبار هذا العمل مؤديا إلى انحلال احدى خلاياه.

هذا ، وان ضعف الوازع الديني في بعض مجتمعاتنا المعاصرة ، وسوء فهمها للأحكام الرئيسية التى جاءت بها شريعة الإسلام لتنظيم الأسرة، حفز المسئولين في المحاكم الشرعية في جمهورية السودان والجمهورية العربية المتحدة إلى تقنين كثير من احكام الأسرة وفقا لأرجح الآراء في المذاهب المختلفة ، كأساس عام ، واقتباس كثير من الآراء التى تتفق مع ظروف الزمان والمكان والحالة الاجتماعية للأسرة ، وان كانت في بعض الاحايين تلك الآراء لا تتفق مع ارجح الآراء في المذاهب المعتبرة، إلا انها دائما وفي الغالب لا تخرج عن الاصول العامة لفقهاء الشريعة السمحة..

ومن هنا نجد ان العمل في جمهورية السودان كان بالراجح من مذهب حنيفة حتى في النيابة عن الغير في عقد الزواج « الولاية » ثم نجد المشرع الشرعى اقتبس احكام المذهب المالكى في الولاية ثم رجع وغير ذلك بمنشور جديد مراعيا ارضاء الشعور العام ليقبل التشريع الجديد بدافع من الاقتناع العام بفائدته..

هذا ، وان دراسة المشاكل التى تواجه الاسرة دراسة «علمية» دقيقة تتناولها من مختلف نواحيها تحتاج الي اخصائيين وخبراء من نوع خاص ويؤسفنى أن أقول أننا في جمهورية السودان حتى اليوم لم تجر بشأن الأسرة دراسة علمية دقيقة تتعرف إلى أصل مشاكلها من الناحية الشخصية ومن الناحية الاجتماعية ومن الناحية الاقتصادية ، دراسة تتعرف إلى اسباب ادوائها، إذ أن الدراسة العلمية لا تعنى بدراسة العوامل الظاهرة ، بل تستقصى اسباب مشاكل الأسرة ، وتكشف عن العوامل التى تؤثر على هذه المشاكل وكل مشكلة ترتبط بمشاكل أخرى ، ولعل مشكلة النيابة عن الغير في عقد الزواج كانت فى سنة ١٩٦٠ وقبلها من مشاكل الأحوال الشخصية للأسرة التى احتاجت إلى بحث شامل يوضح مدى ارتباطها بمشاكل اخرى اجتماعية أو اقتصادية او غيرها فى المجتمع السودانى المعاصر ، احتاجت إلى بحث شامل يوضح مدى اولويتها فى العلاج بالنظر إلى مشاكل الاسرة الاخرى ، ومدى شعور المجتمع بأهمية موضوع الولاية عن الصغير فى عقد الزواج ، ومدى استجابة المجتمع لأى تعديل أو تغيير في التشريع . ومدى مساهمة المجتمع فى تطبيقه عن رضى واقتناع .

ولاشك انه في ضوء البحث العلمى تبرز المشاكل في وضعها الصحيح فيسهل رسم الخطة المثلى في المعالجة أو الوقاية . ولاشك ان مشاكل الأسرة تتغير بتغير الظروف والأزمان . تبعا لتطور فلسفة المجتمع في شتى الشئون ، وحسب درجة استكمال المجتمع لأسباب الحضارة الروحية أو المدنية . وحسب مدى استقرار الاسر فى المدن أو القرى . ولهذا نجد ان التشريع الاسلامى وضع لنظام الاسرة اسسا وقواعد نستطيع ان نستنبط منها احكاما مرنة تؤدى إلى تشريع من الممكن ان يتعارف الناس عليه ، ويعتبرونه أصلا لحياتهم التى تستمد استقرارها من استقرار الأحكام التى تنظم لهم علاقاتهم الأسرية وتحل مشاكلهم العائلية .

ومن هنا نستطيع ان نقول ان عرض مشكلة الولاية الاجبارية على صفحات الجرائد سنة ١٩٦٠ كان بادرة طيبة ، ومطالبة قضاة المحاكم الشرعية ليكتبوا موضحين آراءهم لصاحب الفضيلة قاضى قضاة السودان آنذاك كان أيضا دعوة للمشاركة صالحة ، نرجو مزيدا منها ومن فرص البحث العلمى الجاد ، والله ولى التوفيق .

[المراجع]

مراجع المذهب المالكى

شرح الخرشى على المختصر طبعة التازى الثانية ١٣١٧ هجرية.

الشرح الكبير للدردير بهامش حاشية الزرقانى على المختصر.

الحطاب لابى عبدالله مطبعة السعادة سنة ١٣٢٩ هـ.

المدونة للامام مالك رواية سحنون مطبعة السعادة سنة ١٣٢٨ هجرية.

مراجع المذهب الحنفى

رد المحتار لابن عابدين طبعة بولاق سنة ١٢٨٦ هجرية.

فتح القدير لابن الهمام المطبعة الاميرية سنة ١٣١٨ هـ.

المبسوط للسرخسى مطبعة السعادة سنة ١٣٣١ هجرية.

البدائع للكاسانى مطبعة الجمالية سنة ١٣٢٨ هجرية .

شرح الكنز للزيلعى طبعة بولاق سنة ١٣١٥ هجرية.

مراجع المذهب الشافعى

المهذب للشيرازى مطبعة التضامن سنة ١٣٤٨ هجرية .

تحفة المحتاج بهامش حاشيتى الشروانى والعبادى طبعة سنة ١٣١٥ هجرية.

الأم للشافعى المطبعة الاميرية سنة ١٣٢٥ هجرية.

الوجيز للغزالى مطبعة المؤيد سنة ١٣١٧ هجرية.

نهاية المحتاج الجزء السادس .

مراجع المذهب الحنبلى

المغنى لابن قدامة مطبعة المنار سنة ١٣٤٨ هجرية.

غاية المنتهى فى الجمع بين الاقناع والمنتهى للشيخ مرعى بن يوسف الحنبلى.
القواعد لابن رجب مطبعة الصدق سنة ١٣٥٢ هجرية.

مراجع المذهب الظاهرى

المحلى لابن حزم مطبعة منير سنة ١٣٥٢ هجرية

مراجع المذهب الشيعى الاثنى عشرية

مختلف الشيعة جـ ٢ طبعة ١٣٢٣ هجرية.
المختصر النافع طبعة الأوقاف.

المراجع الأخرى الحديثة

الأحوال الشخصية للاستاذ الشيخ محمد أبو زهرة طبعة ١٩٥٠ ميلادية.
النيابة عن الغير فى التصرف للاستاذ الشيخ على الخفيف.
احكام الزواج للاستاذ الشيخ محمد أبو زهرة طبعة معهد الدراسات العربية العالى.
الأحوال الشخصية للاستاذ الشيخ معوض مصطفى سرحان.
الأحوال الشخصية للاستاذ الشيخ على حسب‌الله.
الأحوال الشخصية للاستاذ الدكتور محمد يوسف موسى.
الأحوال الشخصية للشيخ زيد الربيعى
أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين للمستشار حلمى بطرس.
الأحوال الشخصية للاجانب للاستاذ جميل الشرقاوى.
انحلال الزواج فى التشريعات الاوربية للاستاذ الدكتور جميل الشرقاوى.

الأحوال الشخصية لغير المسلمين للاستاذ الدكتور شفيق شحاته طبعة معهد الدراسات العربية العالى.
كتاب المنشورات والتعليمات لمحكمة عموم السوادن الشرعية.
كتاب النشرات والمذكرات لمحكمة عموم السودان الشرعية.
الوسيط للدكتور عبد الرازق السنهورى طبعة ١٩٤٦.
مصادر الحق للاستاذ الدكتور عبد الرازق السنهورى طبعة معهد الدراسات العربية العالى.

مراجع عامة

بداية المجتهد لابن رشد طبعة ١٣٧١ هجرية.
كتاب الفقه فى المذاهب الأربعة.
الميزان للشعرانى المطبعة الشرقية سنة ١٣٠٦ هجرية.
أعلام الموقعين لابن القيم طبعة ١٣٢٥ هجرية.

مراجع التفسير

تفسير المنار مطبعة المنار سنة ١٣٢٨ هجرية.
أحكام القرآن للجصاص مطبعة الأوقاف الاستانة.

مراجع الحديث

نيل الأوطار للشوكانى طبعة البابى الحلبى سنة ١٣٤٧ هجرية.
سبل السلام مطبعة الاستقامة سنة ١٣٥٧ هجرية.
الزرقانى على موطأ الامام مالك لابن أنس.

فهـرس الكتاب

الباب الثانى


Bibliotheca Alexandrina
04417398